Das Problem der Konvaleszenz

Ein Beitrag zur Frage der ausweitenden Anwendbarkeit des § 185 BGB

Dissertation
zur Erlangung des Grades
eines Doktors der Rechte
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Hamburg

vorgelegt von

Ludwig Gehrmann
aus Greifswald

Hamburg 1963

Das Problem der Konvaleszenz

Ein Beitrag zur Frage der ausweitenden Anwendbarkeit des § 185 BGB

Dissertation
zur Erlangung des Grades
eines Doktors der Rechte
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Hamburg

vorgelegt von

Ludwig Gehrmann

aus Greifswald

Hamburg 1963

Gutachter: Professor Dr. Felgentraeger

Mitgutachter: Professor Dr. Zeuner

Tag der mündlichen Prüfung: 16.Juli 1962

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Druck und Einband: Rudolf Stehle Düsseldorf Klosterstr. 114 Tel. 35 03 73

Inhaltsübersicht

§ 1	Einleitung	1
	Erster Teil	
§ 2	Grundlagen	6
§ 3	Die Einordnung der Konvaleszenz in die Lehre vom Rechtsgeschäft	23
§ 4	Die Konvaleszenz im Rahmen materiell-rechtlicher und prozessualer Zusammenhänge	40
	Zweiter Teil	
§ 5	Die Zustimmung des Berechtigten	50
§ 6	Die Verfügung des Nichtberechtigten	67
§ 7	Die Verfügung im eigenen Namen nach § 185 in ihrem Verhältnis zum Rechtsgeschäft in fremdem Namen nach § 164	78
§ 8	Einseitige Rechtsgeschäfte im eigenen Namen und ihr Wirksamwerden gemäß § 185 I,II Satz 1 Fall 1	119
§ 9	Die Konvaleszenz nach § 185 II Satz 1 Fälle 2 und 3. Das Problem der Analogie bei Verfügungen in fremdem Namen.	127
	Überblick	144

Literaturverzeichnis

Achilles-Greiff: Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar 20. Auflage 1958

Boehmer, Gustav: Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung, Band II Teil 1, 1951 Teil 2,1952

Cohn: Das rechtsgeschäftliche Handeln für den, den es angeht 1931

Coing: Die juristischen Auslegungsmethoden und die Lehren der allgemeinen Hermeneutik 1959

Crome: System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Band I Einleitung und Allgemeiner Teil 1900; Band V Erbrecht 1912

Dölle: Neutrales Handeln im Privatrecht. Ein Beitrag zur Lehre von der Stellvertretung, Festschrift für Fritz Schulz Band II 1951 Seiten 268-288

Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts Band I 1903

Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Band I, Bearbeiter Nipperdey 14.Bearbeitung 1952,1955 15.Bearbeitung 1959,1960; Band II, Bearbeiter Heinrich Lehmann, 14.Bearbeitung 1954, 15.Bearbeitung 1958; Band V, Bearbeiter Coing, 10.Auflage 1955

Epstein, Harry: Das Verhältnis des § 185 II BGB zur gemeinrechtlichen exceptio rei venditae et traditae, Inaugural-Dissertation 1904

Erman-Goerke: Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2.Auflage 1958

Esser: Lehrbuch des Schuldrechts, 2.Auflage 1960

Flume: Rechtsgeschäft und Privatautonomie. Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des deutschen Juristentages 1860-1960 Seiten 135-238

Hagen: Der Zusammenhang von Verfügungs- und Verpflichtungsgeschäft im § 185 II BGB Inaugural-Dissertation Kiel 1958

Hartmann, Nicolai: Ethik, 2.Auflage 1935
Heck: Grundriß des Schuldrechts 1929, Grundriß des Sachenrechts 1930
Heck: Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz 1932
v.Hippel, Fritz: Das Problem der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie 1936
Jörs-Kunkel-Wenger: Römisches Recht, 3.Auflage 1949
Karlowa: Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung 1877
Lange: Grundriß des Allgemeinen Teils, 5.Auflage 1961
Larenz: Lehrbuch des Schuldrechts, Band I 1953; Band II 1956
Laufke: in Das Deutsche Privatrecht in der Mitte des 20.Jahrhunderts, Festschrift für Heinrich Lehmann, Seiten 145-188
Lehmann: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches 9.Auflage 1955; 10.Auflage 1957
Leonhard: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches 1900
Molitor: Die Kündigung 2. Auflage 1951
Müller-Freienfels: Die Vertretung beim Rechtsgeschäft 1955
Oertmann: Bürgerliches Gesetzbuch, 1. Buch Allgemeiner Teil 3. Auflage 1927
Palandt: Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar 16. Auflage 1957; 20. Auflage 1961
Planck: Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Auflage, 1.Band 1913, 2.Band 1.Hälfte 1914
RGRK , Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, 10. Auflage 1953; 11. Auflage 1959
Raape: Das gesetzliche Veräußerungsverbot 1908
Radbruch: Einführung in die Rechtswissenschaft 9. Auflage besorgt von Zweigert
ders.: Rechtsphilosophie 5. Auflage 1956
Raiser: Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit in Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des deutschen Juristentages, Band I Seiten 101-134

Rosenberg: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts
8. Auflage 1960
Schmidt, Paul: Das Wirksamwerden der Verfügung eines
Nichtberechtigten nach § 185 II BGB,
Inaugural-Dissertation, Heidelberg 1919
Schwinge: Der fehlerhafte Staatsakt im Mobiliar-
vollstreckungsrecht 1930
Schönke-Baur: Zwangsvollstreckungsrecht und Konkurs-
recht 6. Auflage 1956
Siebert: Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis 1933
Simmon: Das Wirksamwerden der Verfügung eines Nicht-
berechtigten, dargestellt in historischer Ent-
wicklung unter besonderer Berücksichtigung des
§ 185 BGB, Inaugural-Dissertation Göttingen 1923
Soergel-Siebert: Bürgerliches Gesetzbuch Band I
Stand 1. Juni 1959
Stein-Jonas-Schönke-Pohle: Kommentar zur Zivil-
prozeßordnung 18. Auflage, 2. Band 1956
v.Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
Band I
10. Auflage 1936; 11. Auflage 1957; Band II
1. Teil, 9. Auflage 1930; Band III 1. Teil,
11. Auflage 1956; Band V 1. Teil 1954
Sohm: Der Gegenstand 1905
Stoll-Felgentraeger: Vertrag und Unrecht, 3. Auflage 1943
Stoll: Begriff und Konstruktion in der Lehre von der
Interessenjurisprudenz, Festgabe für Heck,
Rümelin und Arthur Benno Schmidt 1931 S.61 ff
v.Tuhr: Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen
Rechts, 1. Band 1910; 2. Band 1.Hälfte 1914,
2.Hälfte 1918
Westermann: Sachenrecht 4. Auflage 1956
Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts,
4. Auflage 1875
Wolff, Martin: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts,
Sachenrecht, 2. Bearbeitung 1913
ders.: Zwangsvollstreckung in eine dem Schuldner
nicht gehörige bewegliche Sache, Festgabe für
Hübler 1905 S.63-84

Wolff-Raiser: Sachenrecht 10. Bearbeitung 1957
Wolf, Erik: Große Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte, 2. Auflage 1944
Wolff, H.J.: Theorie der Vertretung, Stellvertretung, Organschaft und juristische Vertretungsformen 1934

Abkürzungen

AcP.....Archiv für die civilistische Praxis
DJZ.....Deutsche Juristenzeitung
DR.....Deutsches Recht
Gruchot.....Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot
HRR.....Höchstrichterliche Rechtsprechung
JFG.....Jahrbuch für Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und Grundbuchsachen
Jher Jb.....Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
LM.....Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofes (Lindenmaier-Möhring)
Mot.....Motive
OLG.....Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts
RAG.....Reichsarbeitsgericht
Seuff.Bl.....Seufferts Blätter für Rechtsanwendung
ZZP.....Zeitschrift für Deutschen Zivilprozeß

Im Text sind die ohne Angabe eines Gesetzes aufgeführten Paragraphen solche des BGB. Römische Ziffern hinter Paragraphennummern bezeichnen die Absätze

§ 1 Einleitung

Wer die ausweitende oder sinngemäße Anwendbarkeit des Grundsatzes der Konvaleszenz nach verschiedenen Richtungen untersuchen will, muß zunächst Rechenschaft darüber ablegen, ob die einschlägigen Probleme überhaupt näherer Nachprüfung bedürfen. Zwar ist erst kürzlich wieder ein Beitrag zur alten Streitfrage um die Heilungsmöglichkeit der sogenannten verbotswidrigen Abtretung (§ 399 Fall 2 BGB) erschienen[1]. Auch die Diskussionen um die Konvaleszenz gesetzlicher Pfandrechte sind durch eine Entscheidung des Bundesgerichtshofes zu § 647 BGB in den Mittelpunkt des Interesses gerückt[2].

Von diesen augenblicklich besonders aktuellen Fragen aber abgesehen, muß der Anwendungsbereich des § 185 BGB noch heute als gesichert gelten. Für den überwiegenden Teil der Lehre steht es nach wie vor fest, daß nur rechtsgeschäftliche Akte, die die Rechtslage eines Gegenstandes unmittelbar ändern, konvaleszieren können, während Verpflichtungsgeschäfte nicht unter § 185 zu fassen sind[3]. Auch der Begriff des Nichtberechtigten hat keine entscheidende Wandlung erfahren, und über den Begriff des Gegenstandes ist man sich in der Praxis seit langem soweit im klaren, daß in der Regel nur existente Sachen oder Rechte darunter zu verstehen sind[4].

Diese in seinem eigentlichen Anwendungsbereich wenig schwankende und bestrittene Interpretation hat das Konvaleszenzprinzip seiner klaren, abstrakten Formulierung in § 185 zu verdanken. Sie entstand, als im zweiten Entwurf des BGB das im ersten noch nicht allgemein ausgesprochene, sondern in drei Vorschriften

---

1) Scholz NJW 6o,1837 mit Nachweisen
2) BGH NJW 61,499 ff = BGH 34,122 ff
3) zusammenfassend Enneccerus-Nipperdey, Allg.Teil § 2o4 I 3 b (1236)
4) umstrittene Ausnahme: Vorausabtretungen; vgl.Flume NJW 59,916 und v.Caemmerer JZ 53,98

geregelte Konvaleszenzprinzip zu einer Norm zusammengefaßt wurde. Die zweite Kommission war der Ansicht, daß den in verschiedenen Vorschriften des ersten Entwurfes zum Ausdruck gebrachten Konvaleszenzfällen[1] ein gemeinsames Prinzip zugrunde liege. Daher sprach sie auch dieses Prinzip durch eine allgemeine Vorschrift aus[2]. Diese Vorschrift lautet:

> Eine Verfügung, die ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand trifft, ist wirksam, wenn sie mit Einwilligung des Berechtigten erfolgt.
> Die Verfügung wird wirksam, wenn der Berechtigte sie genehmigt oder wenn der Verfügende den Gegenstand erwirbt oder wenn er von dem Berechtigten beerbt wird und dieser für die Nachlaßverbindlichkeiten unbeschränkt haftet. In den beiden letzteren Fällen wird, wenn über den Gegenstand mehrere miteinander nicht in Einklang stehende Verfügungen getroffen worden sind, nur die frühere Verfügung wirksam.

Die Rechtsanwendung hat seit dem Inkrafttreten des BGB diese Norm in den verschiedensten materiell-rechtlichen und prozessualen Zusammenhängen auslegen müssen. Wie in wenigen anderen Vorschriften des "Allgemeinen Teils" des BGB hat sich aber deutlich gezeigt, daß die Gedanken der Gesetzesverfassung Lücken gehabt haben. Da die juristische Auslegung, wie Radbruch[3] sagt, nicht Nachdenken eines Vorgedachten, sondern Zuendedenken eines Gedachten ist, ging die Rechtsanwendung bald über die rein philologische Interpretation des Gesetzes hinaus. Sie führte von den Auslegungen "aus dem Geiste des Gesetzgebers" zu den Regeln, die der Ausleger selbst "als Gesetzgeber aufgestellt haben würde", wie der bekannte Einleitungsparagraph des Schweizer ZGB sagt[4]. So sind Rechtsprechung und Lehre auf Grund der Auslegung des Gesetzessinnes und Zweckes in vielen Fällen zu praktischen Bedürfnissen entsprechenden Ergebnissen gekommen. Es wäre jedoch voreilig, hieraus zu schließen, die Fälle ausweitender oder sinngemäßer Anwendung des Konvaleszenzprinzips enthielten keine echten Probleme

---

1) Motive II S.139; vgl.Fassungen der §§ 31o,83o,876 und zahlreiche Verweisungsvorschriften in Entwurf I
2) Kommissionsprotokolle für die 2.Lesung Bd.I S.179
3) Rechtsphilosophie (1956) S.211
4) ders. aaO S.327 Anm.zu S.211

mehr. Auch heute noch gibt es neben einer Vielzahl bereits entschiedener Fälle eine Reihe wesentlicher Streitfragen, die die Grenzen der Anwendbarkeit des § 185 betreffen. Einige Beispiele sollen dies beweisen:

1. Unter Zustimmung eines großen Teils der Lehre hat das Reichsgericht[1] die Ansicht vertreten, daß auf Verfügungen im fremden Namen § 185 nicht anwendbar sei, da hier die §§ 164 ff gelten. Folglich könne auch keine Heilung nichtberechtigter Verfügungen nach § 185 Absatz II Fälle 2 und 3 bei nachträglicher Identität des Verfügenden mit dem Berechtigten eintreten, da der Begriff des Nichtberechtigten ein Verfügen im eigenen Namen über ein fremdes Recht voraussetze. Lehmann[2] hält dieser Auffassung jedoch entgegen, daß die Konvaleszenzwirkung für den Fall des vollmachtlosen Vertreters gemäß § 177 ausdrücklich anerkannt sei, sie demnach auch für die anderen Fälle des § 185 II analog bejaht werden müsse.

2. Hat jemand einem Mieter gegenüber gekündigt, also eine einseitige Verfügung über ein bestehendes Rechtsverhältnis vorgenommen, obwohl er nicht Vermieter ist und somit nichtberechtigt verfügt hat, dann kann diese unwirksame Verfügung nach herrschender Lehre[3] gemäß § 185 I,II Fall 1 nicht konvaleszieren. Im Hinblick auf die in §§ 111,18o zum Ausdruck gekommenen allgemeinen Rechtsgrundsätze würde der Mieter in ständiger Ungewißheit leben, ob der nichtberechtigte und deshalb unwirksame Eingriff vielleicht doch noch rückwirkend heilen könnte. Zweifel an dieser h.M. äußert heute Molitor[4], stellt den Kernpunkt der Argumentation der Lehre, der Fall müsse analog §§ 111,18o behandelt werden, in Frage und versucht die Behandlung der Einzelfälle zu differenzieren.

---

1) RG HRR 34 Nr.1276
2) Allg.Teil § 37 VI S.313
3) Palandt-Danckelmann § 185 Anm.1 für alle
4) Die Kündigung S.72 ff

3. Erst neuerdings hat der BGH[1] zu der umstrittenen Frage erneut Stellung genommen, ob § 185 nicht auch bei Verpflichtungsgeschäften zur Anwendung kommen kann. Der BGH lehnt im Einklang mit der h.L.[2] die generelle Anerkennung der sogenannten Verpflichtungsermächtigung ab, läßt allerdings das Problem der Mitverpflichtungsermächtigung offen[3].

Im Problemkreis der Verpflichtungsermächtigung erscheint bis heute ein praktisch bedeutsamer Fall noch unbefriedigend gelöst. Wird eine bewegliche Sache oder ein Grundstück von einem Nichteigentümer im eigenen Namen vermietet oder verpachtet, so liegt darin kein Rechtsgeschäft, das unmittelbar eine Rechtslage ändert, wie die Definition der Verfügung es erfordert. Coing[4] hat jedoch keine Bedenken, den § 185 entsprechend anzuwenden, wenn jemand eine fremde Sache mit Einwilligung des Berechtigten verpachtet. Er folgt damit der Ansicht v.Tuhrs[5]. Die neuere Literatur läßt eine dogmatische Auseinandersetzung mit der Frage vermissen und verweist lediglich auf den älteren Beitrag Raapes[6] zum Thema der Gebrauchs- und Besitzüberlassung. Heute muß der Zusammenhang neu durchdacht werden. Vor allem ist das Problem, in welchem Verhältnis der § 185 zu den §§ 164 ff steht, auf Müller-Freienfels und Flumes Anregungen hin unter verändertem Blickwinkel zu sehen[7].

Die gesamte Untersuchung darf sich heute nicht allein mit der logischen Interpretation des Wortlauts des § 185 begnügen. Da die Fassung dieser Vorschrift unter dem Einfluß des Positivismus entstanden ist, der an die Lückenlosigkeit des gemeinrechtlichen Systems

---

1) BGH NJW 61,5oo, wenn auch nur ma Rande
2) Enneccerus-Nipperdey § 2o4 I 3 b (1236) mit Nachw.
3) im einzelnen dazu Dölle, Neutrales Handeln im Privatrecht
4) Staudinger-Coing § 185 Randn.11
5) Allg.Teil II S.254 Anm.115
6) Jher Jb 71,97 ff
7) Müller-Freienfels, Die Vertretung beim Rechtsgeschäft (1955) S.98 ff; Flume Privatautonomie und Rechtsgeschäft S.162 ff

und an die Möglichkeit glaubte, nach dessen Muster ein entsprechendes geordnetes Ganzes auf dem Wege der Gesetzgebung aufstellen zu können, schuf der Gesetzgeber eine vielen Einzelfällen gemeinsame Kategorie der Konvaleszenz. Dies Prinzip wird seinem Sinn und Zweck in den zu behandelnden Grenzfällen nur dann richtig angewendet werden können, wenn die wesentlichen rechtstheoretischen Grundlagen eingangs beleuchtet werden. Entscheidend ist, vor jeder ins einzelne gehenden Erörterung zunächst den richtigen Ausgangspunkt zu gewinnen. Es gilt daher, Schwierigkeiten der Interpretation des § 185 von vornherein dadurch aus dem Wege zu räumen, daß die Verfügung eines Nichtberechtigten zutreffend in die Lehre vom Rechtsgeschäft eingeordnet wird[1].

Wenn sich aus den wenigen Beispielen auch in der Sache selbst noch wenig entnehmen läßt, so ist doch erkennbar geworden, daß es durchaus sinnvoll sein kann, dem Problem der Konvaleszenz nach § 185 eine umfassende, kritische Untersuchung zu widmen. Bei der ungeheuren Fülle des Stoffs besteht im Rahmen der Abhandlung aber nur die Möglichkeit, eine Auswahl in der Weise zu treffen, einige wenige, besonders typische, bisher nicht hinreichend geklärte Probleme zu erörtern, andere Punkte hingegen nur kurz anzuschneiden. Es zeichnet sich nach allem bereits in groben Umrissen die Richtung ab, in die eine solche Untersuchung führen muß:

> Es wird zu prüfen sein, ob aus Gründen der Rechtssicherheit die Einzelfragen möglichst in strenger Auslegung des Wortlauts des § 185 gelöst werden müssen oder ob gewisse Differenzierungen erforderlich sind. Es wird bei jeder Entscheidung die Mitte zwischen regelgebundener, an den zweckbetonten Aufgaben der Norm ausgerichteten Rechtsanwendung und schöpferischer, in die Zukunft ge-

---

1) vgl. im einzelnen Flume aaO S.16o ff

wandter Rechtsfortbildung zu halten sein[1].

Anliegen der Arbeit muß es vornehmlich sein, die beiden wesentlichen Ziele der Rechtsordnung, die Rechtssicherheit auf der einen, Gerechtigkeit und Zweckmäßigkeit auf der anderen Seite in sachbedingter Akzentverteilung miteinander auszugleichen.

E r s t e r T e i l

§ 2 Grundlagen

I

1. Die Kernfrage der Untersuchung ist, welche Konsequenzen unsere Privatrechtsordnung zieht, wenn sie die rechtsgeschäftlichen Akte eines Nichtberechtigten zu beurteilen hat.

Es ist begreiflich, weshalb Recht und Handlung miteinander kollidieren können: Rechtliche Freiheit und Handlungsfreiheit haben verschiedene Grenzen. Bei der Handlungsfreiheit geht es um echtes Können, denn sie bedeutet, daß der Mensch t u n kann, was er w i l l. Das sowohl ethisch wie rechtlich Bedeutsame ist gerade, daß soziale Handlungsfreiheit mit rechtlicher Handlungsfreiheit nichts zu tun hat, weil die Grenzen des Tunkönnens im sozialen Leben immer ganz andere sind als die des Tundürfens. Man darf vieles nicht tun, was man sehr wohl kann, denn "gäbe es kein Tunkönnen, das über die Grenzen des Dürfens hinausreichte, so wäre Unrechttun für den Menschen ein Ding der Unmöglichkeit[2]".

---

1) Weinkauff NJW 5o,816 ff; Boehmer, Grundlagen II 1 S.232; auf die neuesten, zusammenfassenden Gesamtdarstellungen der Lehre von der "Auslegung" bei Staudinger-Brändl, Einl.S.32 ff und bei Enneccerus-Nipperdey, Allg.Teil §§ 53 ff wird verwiesen

2) Nicolai Hartmann, Ethik Kapitel 67 b,c

Ohne die Begrenzung der Handlungsfreiheit ist in einer Sozialordnung ein rechtsgeschäftlicher Verkehr überhaupt nicht denkbar. Damit er zur Entfaltung kommen kann, muß der Einzelne an den von der Gesellschaft getroffenen Entscheidungen über die "Zuständigkeitsordnung" sich erschöpfend orientieren und damit vor jeder "Verfügung" fragen, ob er in unserer sozialen Ordnung jeweils für die von ihm beabsichtigten Rechtsgeschäfte auch zuständig ist. Also muß sich für jede Person, die eine bestimmte Neuregelung eines privaten Lebensverhältnisses vornehmen will, die Frage stellen: Wer hat jeweils ein entscheidendes Wort mitzureden, damit diese oder jene Neuordnung eintreten kann? Hierauf antwortet in jeder durch Normen gestalteten Privatrechtsordnung eine Fülle von Rechtssätzen, die die jeweils stimmberechtigten Personen auswählen. Vor allem interessieren hier die Vorschriften, in denen eine bestimmte Person als verfügungs- und entscheidungsberechtigt bezeichnet ist (z.B. §§ 2112,2205 BGB; § 6 II KO). Aus diesen Vorschriften ergibt sich eindeutig, wer über die beabsichtigte Neuregelung entscheiden darf. Man ist unterrichtet, wann über die gewollte Verfügung r e c h t s w i r k s a m entschieden ist und unter welchen Umständen eine getroffene Entscheidung bindend sein soll. Man kennt die Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, damit die gewollte Neuregelung auch wirklich als R e c h t s g e s c h ä f t in Kraft treten kann.

2. Jeder Gesetzgeber einer Privatrechtsordnung muß sich fragen, wie die Handlungen von Personen zu beurteilen sind, die es unterlassen, sich vor jeder beabsichtigten Neuordnung eines privaten Rechtsverhältnisses an den "Verfügungsvoraussetzungen" oder "Umschlagsbedingungen" zu orientieren.

Einmal sind es unzuverlässige Menschen, die aus Leichtsinn oder Eigeninteresse jene Voraussetzungen bewußt außer Acht lassen. Jemand veräußert im eigenen

Namen einen Ring seines Vaters in der Hoffnung, daß er ihn demnächst geschenkt erhält oder der Vater mit dem günstigen Verkauf gar einverstanden sein wird.

Aber Rechtsfragen dieser Art treten im modernen Gemeinschaftsleben mehr und mehr in den Hintergrund. Im Mittelpunkt des Interesses stehen Verhältnisse, in denen Personen fremde Rechtszuständigkeit in eigenem Namen wahrnehmen, um Neuordnungen im Zuständigkeitsbereich einer anderen Person mit deren erteilter oder zu erwartender Zustimmung vorzunehmen. Der an sich Stimmberechtigte will und kann in diesen Fällen nicht von seinem Verfügungsrecht Gebrauch machen, weil dies wirtschaftliche oder praktische Erwägungen gebieten[1]. Die Rechtsordnung hat in diesen Fällen zu entscheiden, wann sie eine derartige Autorisierung fremder Personen anerkennen will. Die Sozialordnung muß Risiken, die naturgemäß in jeder Handlung eines Nichtberechtigten liegen, im einzelnen berücksichtigen. Verständlicherweise kann dem Rechtsverkehr in einer dynamisch arbeitenden Wirtschaftsform nicht zugemutet werden, daß bei jeder Neuordnung privater Rechtsverhältnisse sämtliche Verfügungsvoraussetzungen eines gesicherten rechtlichen Handelns nachgeprüft werden. Es ist überdies von einer Rechtsordnung anzustreben, nur in ganz bestimmten, möglichst eng umgrenzten Ausnahmefällen zuzulassen, daß allem Anschein nach ordnungsgemäß getätigte Geschäfte später aus internen, dem Geschäftsgegner unerkennbaren Mängeln als rechtlich völlig unbeachtliche Akte hingestellt werden[2]. Aus diesem Grunde muß der Gesetzgeber einer Privatrechtsordnung sich von vornherein die Frage stellen:

> Wie soll in einer Rechtsgemeinschaft die von einem Nichtberechtigten hervorgerufene Verkehrsstörung geregelt werden; wie sollen Personen behandelt werden, die bei den von ihnen getätigten

---

1) Die Notwendigkeit, Sozialordnung und Zuständigkeitsordnung zu trennen, betont v.Hippel, Privatautonomie S.138

2) Die Irrtumsanfechtung (§§ 142,119) stellt einen solchen Ausnahmefall dar.

Handlungen bestimmte "Verfügungsvoraussetzungen" nicht beachtet haben?

II

Vergegenwärtigt man sich zunächst einige der Möglichkeiten, die einem Gesetzgeber zur Regelung derartiger Verkehrsstörungen zur Verfügung stehen, so ist folgender Gedanke der naheliegendste:

1. Es wäre denkbar, daß eine Rechtsordnung einem Geschäftsführer unter bestimmten Voraussetzungen gestattet, mit Wirkung gegen einen Dritten Verträge zu schließen. Zwar ist es selbstverständlich, daß eine Privatrechtsordnung nicht allgemein die Gültigkeit von "Verträgen zu Lasten Dritter" anerkennen kann, denkbar wäre es aber, für Sonderfälle eine derartige Regelung zuzulassen. Zweifelhaft ist jedoch, ob sich aus verfassungsrechtlichen Grundsätzen Schranken der Privatrechtsordnung ergeben, so daß der Gesetzgeber bei der Zulassung derartig weitgehender Vertragsfreiheit gegen Bestimmungen verstieße, die das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit nur anerkennen, soweit nicht die Rechte anderer verletzt werden (Art. 2 I GG).

Die Entscheidung dieser Frage setzt eine Untersuchung des Verhältnisses der Vertragsfreiheit, die als pars pro toto der Privatautonomie zu verstehen ist, zum Grundgesetz voraus, die aber hier im einzelnen nicht durchgeführt werden kann[1]. Auszugehen ist davon, daß die Privatautonomie und insbesondere die Vertragsfreiheit sich nur im Rahmen der Privatrechtsordnung betätigen darf[2]. Weil die Vertragsfreiheit nur nach

---

1) vgl.im einzelnen Laufke, Festschrift f.H.Lehmann (1956) I S.145 ff; kritisch Flume,Privatautonomie S.136 ff

2) Laufke aaO stellt die Vertragsfreiheit unter den Vorbehalt der verfassungsmäßigen Ordnung und löst das Problem der Begrenzung der Vertragsfreiheit dadurch, daß die Zivilrechtsordnung in den Rang der "verfassungsmäßigen Ordnung" erhoben wird (vgl.auch BVerfGE 6,32 ff)

Maßgabe dieser Ordnung besteht, ergibt sich aus ihrer besonderen verfassungsmäßigen Gewährleistung keine konkrete Folgerung für den Inhalt der Privatrechtsordnung[1]. Laufke[2] ist nicht zu folgen, wenn er die Verträge zu Lasten Dritter deshalb für unzulässig hält, weil sie mit Art.2 I GG unvereinbar sind.

Ein Gesetzgeber kann durchaus Geschäften Nichtberechtigter zu Lasten Dritter Anerkennung verleihen, wenn ihm dies aus Gründen der Gerechtigkeit und Zweckmäßigkeit einerseits, der Rechtssicherheit andererseits in Sonderfällen geboten und zulässig erscheint. Es kann nicht angenommen werden, daß dem Gesetzgeber derartige Regelungen durch Grundsätze, wie sie beispielsweise in Art.2 I GG normiert sind, verwehrt werden.

2. Das französische Recht regelt die zur Diskussion stehende Verkehrsstörung in Art.1599 Cc: "La vente de la chose d'autrui est nulle".Anders als unser BGB geht es von der Verbindung des verpflichtenden mit dem unmittelbar rechtsübertragenden Geschäft aus. Da das französische Recht den Eingriff in fremde Rechte durch Verträge zu Lasten Dritter ablehnt, kommt es folgerichtig zu völliger Unbeachtlichkeit auch des vom Nichtberechtigten vorgenommenen obligatorischen Geschäfts. Den ahnungslosen Geschäftsgegner verweist der Gesetzgeber in Art.1599 S.2 Cc auf Schadensersatzansprüche.

3. Man kann aber auch Savignys Lehre zum Ausgangspunkt nehmen und den rechtsgeschäftlichen Übertragungsakt von der zugrundeliegenden Verpflichtung trennen[3].

---

1) Laufke aaO (S.169 ff); Maunz-Dürig Komm Grundges. Art.2 I N.55
2) aaO
3) im einzelnen Felgentraeger: Friedrich Carl v.Savignys Einfluß auf die Übereignungslehre (1927) S.39,4o; bemerkenswert ist Savignys Begründung: Er leitete die Unabhängigkeit des Sachenrechtsgeschäfts von seinem Verpflichtungsgeschäft aus dem "scharfen Hervortreten des Eigentums im römischen Recht" her. Savigny, System III S.355

Damit ist die Veräußerung als Gesamttatbestand in zwei selbständige Teile aufgespalten und die dingliche Rechtsänderung tritt durch den "animus transferendi et accipiendi dominii" ein. Beim Erwerb vom Nichtberechtigten wird wiederum der dingliche Vertrag zu Lasten eines Dritten abgelehnt, doch kann dem vertrauenden Geschäftsgegner jetzt besser geholfen werden, indem die Verpflichtung zur Übereignung in jedem Fall als wirksam angesehen wird. Durch das Entstehen der Verpflichtung ist zugleich die Anknüpfung für vertragliche Schadensersatzansprüche geschaffen. Erwirbt nun der Nichtberechtigte nachträglich das Eigentum an der Sache, so kann ihm für den Fall eines Prozesses ein Gegenrecht (exceptio) eingeräumt werden, mit dem er seine Forderung aus dem wirksamen Kauf zur Geltung bringen kann. Im Fall der Zustimmung des Berechtigten zur Veräußerung kann nach dem Grundsatz: volenti non fit iniuria[1] die wirkungslose Übereignung ebenfalls heilen.

4. Will man den Gedanken des Verkehrsschutzes in einer modernen Sozialordnung über die Anerkennung des Abstraktionsgrundsatzes hinausgehend noch stärker zur Geltung bringen, so kann man auf den deutschrechtlichen Satz "Hand wahre Hand" zurückgreifen und die Möglichkeit gutgläubigen Erwerbs schaffen. Diesen Weg beschreitet unser bürgerliches Recht. Nach diesem System knüpfen sich an bestimmte Rechtsscheinträger - Besitz, Bucheintragung etc - begrenzte Fiktionen zu Gunsten Gutgläubiger, die die fehlende Rechtsmacht des Verfügenden ersetzen[2]. Allerdings hat diese Form wirksamen Erwerbs vom Nichtberechtigten, abgesehen von Fällen, in denen dem Erwerber Bösgläubigkeit nachzuweisen ist, ihre Grenzen. So dürfen Forderungen nicht gutgläubig erworben werden, da Eingriffe in fremde Rechte lediglich durch Verträge zu unerträglichen Folgen führen würden[3]. In diesen

---

1) Ulpian D de inj.47,1o,1 1 § 5 vgl.auch Breithaupt: volenti non fit iniuria (1891)
2) vgl §§ 932,892,2366 etc
3) Dieser Grundsatz darf aber wiederum nicht einheitlich gelten, wie § 4o5 BGB und Art.17 WG zeigen

Fällen entstehen Lücken, die die Frage nach der Heilungsmöglichkeit der Verfügungen Nichtberechtigter aufwerfen.

Die Lücke schließt der in der Einleitung zitierte § 185 für das deutsche Recht, dessen historischer Hintergrund näher beleuchtet werden muß.

III

1. Im 19.Jahrhundert setzten sich vor allem Windscheid[1] und Jhering[2] mit der Frage auseinander, wie die Handlungen eines Nichtberechtigten als vorhandene Akte juristisch zu bewerten seien. Beide waren sich im Einklang mit den römisch-rechtlichen Quellen darüber einig, daß Willenserklärungen "nichtig" seien, durch die "über etwas verfügt wird, worüber der Verfügende nicht verfügen kann"[3]. Vorherige oder nachträgliche "Einwilligung" lasse aber die Verfügung wirksam werden.

Die gemeinrechtliche Lehre versuchte nun, den rechtsgeschäftlichen Akt der Einwilligung von der Rechtsgeschäftslehre her zu erfassen. Der dabei entstandene Streit ist typisch für den damaligen Stand der Lehre vom Rechtsgeschäft:

Die konsequent an der Willenstheorie ausgerichtete Meinung Windscheids und die abweichende Konstruktion Jherings prallen aufeinander. Windscheid sagt:"Durch die Ertheilung seiner Einwilligung begabt derjenige, über dessen Rechtssphäre verfügt wird, die fremde Willenserklärung mit einer Wirkungskraft,welche ihr an sich nicht zukommt, er gibt ihr gleiche Wirkungskraft, welche seine eigene Willenserklärung gehabt haben würde. Aber weder ist die fremde Willenserklärung seine eigene, noch will er, wie bei der Stellvertretung, so angesehen werden, als hätte er selbst eine Willenserklärung wie

1) Windscheid, Pandektenrecht I § 81,3
2) Jherings Jahrbuch 1,3o7; 2,125-128
3) Windscheid aaO

die fremde abgegeben"[1]. Der entgegengesetzten Meinung war Jhering. Er behauptete, hier läge ein Rechtsgeschäft des Einwilligenden vor, der Verfügende habe "am Rechtsgeschäft als solchem nicht den mindesten Antheil". Der eigentlichen Problematik war Karlowa auf der Spur, der beiden entgegenhält, die Unterscheidung, "daß die Willenserklärung thatsächlich des einen, juristisch des anderen sei", ließe sich nicht halten. "Das Geschäft ist nicht bloß thatsächlich, sondern juristisch dessen, der es im eigenen Namen vornimmt, aber die Wirkungen desselben treten in der Person dessen ein, über dessen Rechtssphäre verfügt ist"[2].

2. Versucht man, den eigentlichen rechtswissenschaftlichen und philosophischen Hintergrund dieses symptomatischen Streits zu erfassen, so zeigt sich folgendes:

Die Rechtsgeschäftslehre des 19.Jahrhunderts versuchte weniger die Zweckbestimmung der einzelnen Rechtsinstitute zu erforschen. Es lag ihr fern, lebensnah von dem Ordnungszweck als der wesentlichen Aufgabe des Rechts auszugehen[3]. Sie war vielmehr dem römischen Recht so stark verhaftet, daß sie an den Forderungen der Gegenwart vorbeisah. "Das der römischen Jurisprudenz eigene Isolierungsprinzip, das Rechtsbegriffe und Figuren zu Wesenheiten einer selbständigen Rechtswelt machte, wurde von ihr vollends virtuos ausgebildet"[4]. Die Lehre des vorigen Jahrhunderts ging einseitig vom Menschen als Rechtsperson und Rechtssubjekt aus[5]. Die Wissen-

---

1) Windscheid und Jhering aaO (Zitat oben S.12 Anm.1u.2)
2) Konsequent kommt Karlowa schließlich zu der Auffassung, daß man eine "fremde Sache mit Einwilligung des Eigentümers im eigenen Namen mit verschiedener Absicht und Wirkung veräußern" könne. Es sei nicht nur möglich, daß das Verfügungsgeschäft mit Zustimmung des Berechtigten im eigenen Namen wirksam vorgenommen werden könne, sondern auch zulässig, "daß die volle Wirkung des Geschäfts, sowohl Causalbeziehung als Eigentumübertragung in der Person des Eigentümers eintreten". Karlowa, Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung (1877) S.66
3) Raiser, Vertragsfunktion S.101
4) Raiser aaO; Fritz Schulz, Prinzipien des römischen Rechts (1934) S.13 ff

..Anm.5 s.S.14

schaft bemühte sich nicht darum, die Aufgabe des Rechtsgeschäfts, seine Zweckbestimmung und Wirkung im typischen Einzelfall zu ergründen. Es kam ihr lediglich auf die rechtliche Wertung der Willenserklärung eines Rechtssubjekts an, die auf die Entstehung, Veränderung und Übertragung von Rechten geht[1].

Von diesen Leitgedanken her ist auch der Aufbau unseres BGB bestimmt. Notwendig ist das Rechtssubjekt der Ausgangspunkt im "Allgemeinen Teil". Es folgt der Abschnitt über das Rechtsgeschäft (§§ 1o4-185), der eine Lehre von der Handlung darstellt und zunächst auf die Geschäftsfähigkeit und die Willenserklärung eingeht. Folgerichtig werden dann unter der Überschrift "Vertrag" Regeln über das Zustandekommen einer bindenden Willenserklärung gegeben.

Sodann stellt das BGB in den Titeln "Vertretung. Vollmacht.", "Einwilligung. Genehmigung" Regelungen darüber auf, wie die Willenserklärungen eines autorisierten Handelnden sich in das System der bürgerlichen Rechtsordnung einfügen sollen. Im Einklang mit der vom positiven Recht her vorgegebenen Systematik sind auch die Darstellungen des Allgemeinen Teils aufgebaut. Ausnahmslos haben sie sich allerdings von der rein konstruktiven Methode der Begriffsjurisprudenz distanziert. Es wird im folgenden deutlich werden, daß bereits v.Tuhr,neuerdings auch Lange auffallend frei in der Einordnung der Willenserklärung in die Rechtsgeschäftslehre sind[2].

Trotz der hier geäußerten Kritik an der herrschenden Rechtsgeschäftslehre sollen gleichwohl die entscheidenden Vorzüge der traditionellen auf Rechtssubjekt und sub-

---

Forts. d.Anm.v.S.13

5) Dieses Rechtssubjekt ist das Gegenstück des von der Philosophie des deutschen Idealismus absolut gesetzten Ich, dessen Willensfreiheit von den Juristen als Lehrsatz übernommen wird. Vgl.Wieacker, Privatrechtsgeschichte d.Neuzeit (1952) S.219 ff,229

1) so namentlich Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts (19o6) I 2.Buch

2) v.Tuhr, Allg.Teil II 1,2; H.Lange, Allg.Teil

jektivem Recht aufgebauten Lehre nicht verkannt werden. Sie hat sich in einem gewissen Rahmen jahrzehntelang bewährt und mit ihr sind eine Vielzahl von Problemen sachgerecht entschieden worden. Raiser[1] betont mit Recht, daß es sich nur darum handeln könne, der Einseitigkeit entgegenzuwirken, mit der die Fragen der Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts behandelt zu werden pflegten. In diesem Sinne soll die Frage nach dem Bestimmungszweck des jeweiligen Rechtsgeschäfts und seiner sozialen und wirtschaftlichen Bedeutung bei der Beurteilung eines Tatbestandes stärker in den Vordergrund rücken. Auf diese Weise gewinnt man bei der Einordnung der Konvaleszenz einen anderen Ausgangspunkt.

Insbesondere soll im Anschluß an Flume[2] eine Unterscheidung getroffen werden, die von der bisherigen Terminologie abweicht: Es soll der Akt des Rechtsgeschäfts von der durch ihn gesetzten Regelung getrennt werden. Die herkömmliche Lehre bezeichnet nämlich im Anschluß an die Motive[3] sowohl den Akt des Rechtsgeschäfts als auch die durch ihn gesetzte Regelung mit dem Terminus "Rechtsgeschäft"[4]. Der Rechtsgeschäftslehre des 19.Jahrhunderts kam es in erster Linie auf die rechtliche Wertung der Willenserklärung, also auf den rechtsgeschäftlichen Akt an. Diese Betrachtungsweise hat zu einseitigen Wertungen geführt und darf heute nicht kritiklos übernommen werden.

Der oben dargestellte Streit um die Einordnung der Konvaleszenz in die gemeinrechtliche Rechtsgeschäftslehre ist typisch für die "seit dem letzten Drittel des vorigen Jahrhunderts in einem Meer von Streitfragen sich mühsam fortentwickelnde Lehre vom Rechtsgeschäft[5]".

---

1) Raiser, aaO S.1o4
2) Flume, Privatautonomie S.135 ff
3) Motive I S.126
4) vgl.Lehmann, Allg.Teil S.132; Lehmann betont allerdings, daß Rechtsgeschäft und Willenserklärung nicht etwa dasselbe sind!
5) Raiser, Vertragsfunktion aaO S.1o3

Demgegenüber soll im Folgenden versucht werden, bei der Wertung des vom befugten Nichtberechtigten vorgenommenen Vertragsschlusses und der hinzutretenden Einwilligung nicht einzig und allein auf die Willenserklärungen abzustellen, sondern die eigentliche Zweckbestimmung des Rechtsgeschäfts als Regelung zu erfassen. Zwar bleibt Ausgangspunkt der Untersuchung notwendig die Wertung der Willenserklärung, die eigentliche Problematik beginnt aber erst bei der Erforschung des Sinngehaltes der gewollten Regelung.

Berücksichtigt man weiter, daß die vom Nichtberechtigten gewollte rechtsgeschäftliche Regelung allein als verursachte Wirkung der Willenserklärung des Nichtberechtigten angesehen wurde, so ist verständlich, daß die Zustimmung des Berechtigten als Teil des Gesamttatbestandes vernachlässigt werden mußte[1]. Diese Anschauung wirkt noch bis heute fort: Im Anschluß an Windscheids und Karlowas Auffassungen ist die jetzt herrschende Lehre der Auffassung, daß es sich bei der Zustimmung zur Verfügung eines Nichtberechtigten um eine Wirksamkeitsvoraussetzung für das "Rechtsgeschäft" des Nichtberechtigten handele[2]. Im § 185 könne nur die Rede von der Zustimmung zum Rechtsgeschäft des Nichtberechtigten sein, die dieser einem Dritten gegenüber vornimmt. Nach der hier entworfenen abweichenden Wertungsweise ist es jedoch naheliegend, anzunehmen, daß die Zustimmung den einen, das Geschäft des Nichtberechtigten den anderen Bestandteil eines Gesamttatbestandes bildet. Dieser Gesamttatbestand stellt eine Regelung des Berechtigten dar.

IV

1. Ein tieferes Eindringen in die Probleme der Konvaleszenz bei nachfolgender Identität des Verfügenden

---

1) vgl. in diesem Zusammenhang zu ähnlichen Problemen Müller-Freienfels, Vertretung (1955) S.1 ff (4,1o)
2) Staudinger-Coing § 182 Randn.2,3

mit dem Berechtigten (§ 185 II S.1 Fälle 2und 3) setzt zunächst voraus, daß der historische Hintergrund dieser Bestimmung in seinen Grundzügen dargestellt wird. § 185 S.1 F.2,3 stellen nämlich eine praktikable Zusammenfassung der komplizierten Lehre von der exceptio rei venditae et traditae dar, die das gemeine vom römischen Recht übernahm[1].

Bekannt ist der im römischen Recht herrschende Grundsatz, daß die Eigentumsübertragung an den wichtigsten Sachen, den res mancipi,nur durch eine feierliche, den Willen unverkennbar kundgebende Handlung vollzogen werden konnte[2]. Bloße Tradition oder Okkupation einer res mancipi gab nach römischen Zivilrecht kein Eigentum. Dieser Grundsatz wurde aber durchbrochen, als mit der Ausdehnung des römischen Rechts der Verkehr zunahm. Auch durch den wachsenden Zuzug nichtrömischer Kaufleute, dieals peregrini der mancipatio unfähig waren, büßte der feierliche Mancipationskauf an Bedeutung ein. Jedoch hatte diese Entwicklung den Grundsatz, daß das Eigentum an einer res mancipi gültig nur durch mancipatio oder in iure cessio übertragen werden konnte, nicht beseitigt. Es zeigte sich also, daß ein der mancipatio unfähiger peregrinus nicht auf dem nach altrömischen Recht starren Weg Eigentum erlangen konnte und der rei vindicatio ausgesetzt war, obwohl er einen w i r k s a m e n K a u f v e r t r a g abgeschlossen, ihm die Sache auch ü b e r g e b e n war und er ein B e s i t z r e c h t erworben hatte. In einer für das römische Recht typischen Technik paßte sich nun das Prozeßrecht den veränderten wirtschaftlichen Gegebenheiten an. Der Praetor griff ein und trat dem Zivilrecht iuris civilis gratia corrigendi reformatorisch gegenüber, um der aequitas zum Siege zu verhelfen. Er gewährte dem durch das positive Recht Benachteiligten eine exceptio, ein Gegenrecht. Es ist

---

1) Epstein, Das Verhältnis des § 185 zu der gemeinr. exc.r.v.et tr.(1904)
2) Jörs-Kunkel-Wenger, Römisches Recht §54 (S.92)

gleichgültig, ob man diese exceptio nun exceptio doli oder exceptio rei venditae et traditae nennt, denn ihr Ziel war allein,dem nach altrömischen Recht besitzenden Nichteigentümer gegenüber der rei vindicatio ein Abwehrrecht in die Hand zu geben[1]. Mit Elastizität und Einfühlungsvermögen in die Tatsächlichkeiten des praktischen Lebens hatte damit der Praetor das bonum et aequum als Ausdruck der Gerechtigkeitsüberzeugungen seiner Zeit bei der Korrektur des ius strictum verwendet[2]. Die Gewährung der exceptio als ius aequum trat in gedanklichen Gegensatz zum ius strictum und wirkte als "Hebel der Rechtsfortbildung und der Rechtsreform"[3].

2. Aus diesem ursprünglichen "Konvaleszenzfall" entwickelten sich drei weitere:[4]

a) Ein Nichteigentümer übergab eine fremde Sache im Auftrag des Eigentümers als direkter Stellvertreter. Da das altrömische Recht das Rechtsinstitut der direkten Stellvertretung nicht kannte, so vermochte auf diese Weise Eigentum auf den Erwerber nicht überzugehen[5]. Der Mandant als Eigentümer konnte die übergebene Sache von dem Erwerber mit der rei vindicatio nach dem Grundsatz

---

1) Jörs-Kunkel-Wenger aaO § 8o 2 a (S.143)
2) Boehmer, Grundlagen II 1 S.62,63
3) Boehmer aaO S.23
4) Das römische Recht hatte, wenn auch noch nicht systematisierte, so doch scharf abgegrenzte Voraussetzungen aufgestellt, unter denen der Erwerber die exceptio r.v.et tr. geltend machen konnte (Epstein aaO S.2o).
a) Nur dann sollte dem Käufer das Abwehrrecht zustehen, wenn er ein die Verpflichtung begründendes, wirksames Rechtsgeschäft vorgenommen hatte. Das K a u s a l g e s c h ä f t, also z.B. die Schenkung, der Kauf mußte wirksam sein, da nur dann die den Eigentümer bindende Wirkung eingetreten war, wenn er gegen den Erwerber mit der rei vindicatio vorgehen wollte.
b) Die exceptio setzte eine traditio voraus, also eine Übertragung des unmittelbaren Besitzes (Epstein S.15).
c) Der Erwerber mußte überdies zur Zeit der Übergabe und des Abschlusses des Geschäfts bona fide gewesen sein.
5) Mitteis, Stellvertretung nach römischem Recht (1885)

"ubi rem meam invenio, ibi vindico" zurückverlangen. Der Erwerber und seine Rechtsnachfolger erhielten jedoch durch die Gewährung der exceptio r.v.et tr. ein Gegenrecht.

b) Hatte jemand eine fremde Sache verkauft, so hatte diese Übertragung keinerlei Folgen für das Recht des Eigentümers, denn es galt der Grundsatz "nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet". Erwarb der Verkäufer nun später Eigentum an der Sache, über die er verfügt hatte, dann konnte er sie nach strengem Recht mit der rei vincatio zurückverlangen.Hier verlangte aber wiederum die aequitas eine nachträgliche Konvaleszenz der ursprünglich wirkungslosen Tradition und daher gab der Praetor dem Erwerber zum Schutz seiner Rechte auch in diesem Fall die exc.r.v.et tr.[1].

c) Wurde der nichtberechtigte Veräußerer später von dem Eigentümer der veräußerten Sache beerbt, so gab der Praetor auch in diesem Fall dem Erwerber die exc.r. et tr. Dies folgte aus dem Satz "heres succedit in personam defuncti". Daher mußte er eine Verfügung des Erblassers als seine gelten lassen[2].

3. Im gemeinen Recht verlor die exceptio rei venditae et traditae ihre Bedeutung nicht. Die Auffassung von Dernburg und Leonhard[3] zeigen, daß die r e l a t i v e n Wirkungen der exceptio sich in der Praxis zwar mehr und mehr den absoluten Wirkungen des Eigentums annäherten. Aber erst das BGB vereinfachte die schwerfällige Regelung der gemeinrechtlichen Konvaleszenz und ließ

---

1) Simmon, Das Wirksamwerden von Verfügungen eines Nichtberechtigten. Diss.Göttingen S.6 m.Nachweisen

2) Hatte allerdings der Erbe innerhalb eines Vierteljahres nach Kenntnisnahme von der Delation ein Inventar angelegt, so haftete er nur pro viribus hereditatis, d.h. in Höhe der Erbschaftsaktiven. In diesen Fällen konnte der Eigentümer gegen den Erwerber mit der rei vindicatio vorgehen und brauchte sich nicht die exceptio rei v.et tr. entgegenhalten zu lassen. Die beiden Vermögensmassen des Erblassers und des Erben waren in diesem Fall nicht zu einer Einheit verschmolzen.

3) Dernburg, Pandekten I (5.Aufl.) S.509; Leonhard, Allg.Teil S.536

im Fall nachfolgender Identität des Berechtigten mit dem Verfügenden das Wirksamwerden gegenüber jedermann eintreten. Ohne die Rückbesinnung auf die Entwicklung der Konvaleszenz aus der römisch-rechtlichen exceptio rei venditae et traditae ist heute die weitgehend ungeklärte Frage nach dem eigentlichen Konvaleszenzgrund in § 185 II S.1 F.2,3 nicht zu lösen.

Entscheidend für die folgende Untersuchung ist, daß beide Fälle der Konvaleszenz in § 185 II F.2,3 praktikable Fortbildungen der Lehre von der exc.rei v.et traditae sind. Die nichtberechtigte Verfügung soll nach dem normativen Willen des Gesetzgebers konvaleszieren, wenn alle für die Rechtsübertragung notwendigen Tatbestandsmerkmale erfüllt sind (bei § 929 die Einigung und Übergabe; bei § 398 lediglich der Abtretungsvertrag) und das zweite Merkmal der exceptio, das entsprechende K a u s a l v e r l ä l t n i s, vorhanden ist.

V

Wirft man einen Blick auf ausländische Rechte, so findet man in kontinentalen und transkontinentalen Rechten keine positiven Regelungen, die unserem § 185 entsprechen.

1. Dafür setzt sich beispielsweise das französische Recht in Lehre und Rechtsprechung eingehend mit den Rechtsfolgen auseinander, die bei der Veräußerung einer Sache durch den Nichtberechtigten eintreten sollen. Die Vorschrift in Art.1599 Cc ist für das französische Recht typisch: "Der Verkauf einer fremden Sache ist nichtig; er kann einen Anspruch auf Schadensersatz begründen, wenn der Käufer nicht wußte, daß die Sache einem anderen gehörte". Die Veräußerung als G e s a m t t a t b e s t a n d soll a b s o l u t unwirksam sein[1)], weil das französische Recht

---

Anm.1 siehe S.21

bei der Eigentumsübertragung das Kausalprinzip zugrundelegt (Art.1138,1583 Cc)[1]. Jedoch ist nach h.L.eine "consolidation" des unwirksamen Übertragungsaktes möglich[2]. Dem Käufer der fremden Sache wird nämlich in bestimmten Rällen die gerichtliche Geltendmachung der Unwirksamkeit (nullite) verweigert, wenn das schutzwürdige Interesse des Käufers an der Haftung des nichtberechtigt Veräußernden gemäß Art.1599 Cc fortgefallen ist: "si tout risque déviction a disparu"[3]. Dies soll namentlich der Fall sein, wenn der wirkliche Eigentümer dem Verkauf zustimmt. Ein derartiger Verlust des Klagerechts ist ferner gegeben, wenn der Verkäufer nachträglich Eigentümer der Sache wird oder der wirkliche Eigentümer die Rechtsnachfolge des Verkäufers antritt.

Im übrigen kennt das französische Recht eine scharfe Unterscheidung zwischen Handeln im eigenen und Handeln im fremden Namen, die der Systematik des bürgerlichen Rechts entspricht[4].

2. Das schweizerische Recht ähnelt dem französischen, denn es kennt ebenfalls kein Abstraktionsprinzip, sondern das Kausalprinzip[5].Es trifft die Unterscheidung zwischen Handeln im eigenen und Handeln im fremden Namen in abgeschwächterer Form als das deutsche Recht (Art.32 II OR). Bei Verfügungen eines Nichtberechtigten im eigenen Namen geht aber auch

---

Anm. v.S.2o

1) Sie ist nicht "nichtig" im technischen Sinn des BGB. Vgl. im einzelnen Planiol-Ripert Hamel, Droit Civil Francais (2.Ed.1956) Band 1o Nr.44 S.45 ff
1) Planiol-Ripert-Hamel aaO S.45
2) ders.aaO Nr.5o
3) ders.aaO: "Consolidation de la vente par fait postérieur: ...Ainsi, il peut arriver que le vendeur acquière la propriété de la chose, ou la prescription acquisitive se réalise au provit de l'acheteur, ou que l'acheteur devienne par quelque autre procède propriétaire de la chose, ou que le véritable propriétaire ratifié la vente, ou le veritable propriétaire succède au vendeur".
4) Staudinger-Coing Vor § 164 Randn.84
5) Haab-Simonius (1948) Art.714 Randn.16 ff

Eigentum über, wenn der Berechtigte der Verfügung zustimmt[1]. In der älteren Literatur wird schließlich bemerkt: "Der Veräußerer braucht nicht schon im Zeitpunkt der Übertragung Eigentümer zu sein. Wird der Veräußerer erst später Eigentümer, so konvalesziert der Erwerb"[2].

3. Aufschlußreich ist die Regelung der Konvaleszenz im englischen Recht. Es faßt nämlich die Verfügung eines Nichtberechtigten als Handeln im eigenen Namen und die Vollmacht zum Handeln in fremdem Namen unter dem Begriff der "authority" zusammen[3]. Es kennt insbesondere nicht das Offenheitsprinzip, so daß auch die indirekte Stellvertretung unmittelbar für und gegen den Prinzipal wirkt. Hier gibt es Ausnahmen, wenn der "agent"[4] erkennbar gemacht hat, daß er für sich persönlich handeln will oder wenn die Gegenseite den "agent" für den Prinzipal hält.

Infolgedessen gibt es im englischen Recht kein Konvaleszenzprinzip, das zum Institut der "agency" eine besondere Stellung einnimmt. Eine Konvaleszenz im Falle nachfolgender Identität des Berechtigten mit dem Verfügenden ist nicht besonders geregelt.

Wenn man der Auffassung des extremen Freirechtlers Isay[5] "das deutsche Recht sei allein aus internen Denkbedürfnissen der Rechtstheoretiker" hervorgegangen, nur unter erheblichen Einschränkungen zustimmen kann, so wird doch im Laufe der Untersuchung deutlich werden, daß gerade bei der Frage der Konvaleszenz die wenig konstruktive Form des englischen Rechts praktischen Bedürfnissen der Rechtsfortbildung mehr Entgegenkommen zeigt, als die des deutschen Rechts.

---

1) Haab-Simonius, Komm ZGB Art.714 Randn.48
2) Wieland, Komm ZGB (1909) Art.714 Anm.3 d aa
3) Müller-Freienfels, Rabels Zeitschr.17,578 ff; 18,12
4) Halsbury (3.Aufl.) I Agency Nr.351 "An agent primarily means a person employed for the purpose of placing the principal in contractual or other relations with a third party".
5) Rechtsnorm und Entscheidung S.171 (Zitat)

§ 3 Die Einordnung der Konvaleszenz in die Lehre vom Rechtsgeschäft

I

1. § 185 Abs.I und Abs.II Satz 1 Fall 1 handeln vom Wirksamwerden an sich unberechtigter rechtsgeschäftlicher Verfügungen, die ein Nichtberechtigter im eigenen Namen über einen Gegenstand trifft und die durch Zustimmung des Berechtigten wirksam werden.

Coing[1] wirft die Frage auf, ob die herrschende Meinung[2], die in der Zustimmung ein "Rechtsgeschäft" erblickt, damit dem Rechtsgeschäftsbegriff nicht eine zu weite Ausdehnung gibt. Die Zustimmung zur Verfügung eines Nichtberechtigten sei nämlich nicht auf Verwirklichung eigener, sondern lediglich fremder Zwecke gerichtet und insofern etwas völlig unselbständiges. Sie könne stets nur in organischem Zusammenhang mit einem bestehenden oder vorzunehmenden Rechtsgeschäft eines anderen, des Nichtberechtigten, gesehen werden, als dessen Stück sie trotz ihrer äußerlichen Selbständigkeit erscheine.

Bezeichnenderweise geht er unter Hinweis auf die rein terminologische Bedeutung der Frage nicht weiter nach und unterstellt die Zustimmung den allgemeinen Vorschriften über Willenserklärungen. Damit ist er an der entscheidenden Fragestellung vorbeigegangen, wenn er im Einklang mit der h.L. im Anschluß an die Terminologie des BGB die Begriffe Willenserklärung und Rechtsgeschäft in der Regel als gleichbedeutend auffaßt[3]. Schon oben wurde erörtert, daß die Rechtsgeschäftslehre des 19.Jahrhunderts sich wenig glücklich an den Begriff der Willenserklärung und nicht an dem des Rechtsgeschäfts orientiert und das Wesen des Rechtsgeschäfts als Akt, ferner seinen Ordnungszweck darüber vergessen hat. Das Rechtsgeschäft des Nichtberechtigten

---

1) Staudinger-Coing § 182 Randn.1;Einl.§ 1o4 Randn.22 u.Nachw.
2) Planck-Flad § 182 A.1; Motive I S.246
3) Motive I S.126; Flume aaO S.16o

wurde vornehmlich aus der Sicht seiner Willenserklärung gesehen und allein danach gefragt, welche Rechtsfolgen s e i n Wille habe. Ebenso wie bei dem parallel laufenden Theorienstreit um das rechtliche Wesen der Stellvertretung kam die Lehre im Anschluß an Windscheids Lehre zum Ergebnis, daß der Rechtsgeschäftswille ungeteilt beim Nichtberechtigten läge und die Zustimmung des Berechtigten lediglich als Wirksamkeitsvoraussetzung für die Verfügung des Nichtberechtigten anzusehen sei. Die Zustimmung enthält nach dieser Auffassung keinesfalls den rechtsgeschäftlichen Willen selbst. Rechtsgeschäftswille und Erteilung der Zustimmung werden somit als zwei juristisch verschiedene selbständige Tatsachen gewertet. Der Nichtberechtigte ist nach h.L. allein der Erklärende und Handelnde, lediglich die mit dem Rechtsgeschäft des Nichtberechtigten bezweckte Einwirkung auf die Rechtssphäre des Berechtigten tritt erst mit dessen Zustimmung ein.[1)]

2. Man könnte sich heute einer verbreiteten Auffassung anschließen und sagen, daß die von Windscheid entwickelte Konstruktion und der sich daran knüpfende theoretische Streit zwischen ihm und Jhering überholt sei[2)]. Es ist vertretbar, wenn man davon ausgeht, daß eine Einwirkung in die Rechtssphäre des Berechtigten auf Grund seiner Zustimmung zu fremder Willenserklärung heute nicht wie im gemeinen Recht kausal zu erklären ist. Wird die Norm des § 185 als eine Interessenbewertung aufgefaßt, so kann man ohne die streng auf Ursache und Wirkung abstellende Lehre Windscheids zu dem Ergebnis kommen, daß unter den Voraussetzungen des § 185 das Handeln des Nichtberechtigten wie das

---

1) Daher faßte der Gesetzgeber die Zustimmung auch als ein Hilfsrechtsgeschäft auf, das formlos erfolgen darf: §§ 182 II (167 II,177)

2) So zum Streit um die Geschäftsherren- und Repräsentationstheorie b.d.Stellvertretung Staudinger-Coing Vorb.§ 164 Randn.6;dazu Flume,Privatautonomie S.163

des Berechtigten zu werten ist und daher die Auswirkung auf seine Rechtssphäre ihm zugerechnet wird. Wenn Flume[1] es ablehnt, einzig aus dieser Erkenntnis Rechtsfiguren zu verstehen, kritisch zu bewerten und fortzubilden, so ist ihm grundsätzlich zuzustimmen. Jedoch verdient die von ihm abgelehnte wertungsjuristische Interpretation einer Rechtsfigur nur insoweit Kritik, als sie nicht zum A u s g a n g s p u n k t einer Untersuchung gemacht werden darf, die die Grenzen der Anwendbarkeit des § 185 abstecken will.

In der Tat ist es notwendig, beim behandelten Streit zwischen Windscheid und Jhering anzuknüpfen. Aus den Fragestellungen dieser beiden Juristen heraus kann allein beantwortet werden, wie das Wirksamwerden der Verfügung eines Nichtberechtigten als Regelung in unser Privatrecht, das auf dem Grundsatz der Selbstbestimmung beruht, eingeordnet werden kann. So versucht Windscheid[2] aus der gemeinrechtlichen Willenslehre heraus den Eingriff eines Nichtberechtigten in eine fremde Rechtssphäre zu klären: "Nach meiner Auffassung ist die Beziehung des Rechtsgeschäfts zu dem Einwilligenden lediglich die, daß durch dasselbe sein Vermögen (Rechtssphäre) mit seinem Willen gemindert wird, welcher Umstand dann allerdings möglicherweise auf den Bestand wie auf die rechtlichen Folgen des Rechtsgeschäfts von Einfluß sein kann". Ebenso wie er bei der Vertretung mit einer F i k t i o n arbeiten mußte, um die tatsächliche Willenserklärung des Vertreters einem anderen zuzuschreiben[3], so versuchte er auch bei Verfügungen Nichtberechtigter über die Schwierigkeit hinwegzukommen, die gemeinrechtliche Willenstheorie mit der Lehre vom Rechtsgeschäft in Einklang zu bringen, weil nach der Willenslehre die Rechtsfolgen der Willenserklärung des Nichtberechtigten in unmittelbare

---

1) vgl. seine Stellungnahme b.d.Einordnung der Vertretung
2) Pandektenrecht I § 81 Note 5
3) aaO I § 73 N.16 b

Beziehung zu dessen rechtsgeschäftlichen Willen gesetzt wurden[1]. Jherings Meinung, der Verfügende habe "am Rechtsgeschäft nicht den mindesten Antheil" widersprach so offensichtlich dem tatsächlichen Ablauf bei der Verfügung des Nichtberechtigten, daß Windscheid nur mit einer Hilfskonstruktion die Grundsätze der Willenslehre aufrechterhalten konnte.

3. Trennt man mit Flume jedoch die rechtsgeschäftlichen Handlungen des Nichtberechtigten und des Berechtigten von der durch beide Akte gesetzten Gestaltung eines Rechtsverhältnisses, so ergibt sich für das Wesen der Konvaleszenz folgendes:

Jeder Einzelne kann innerhalb des von der Rechtsordnung eingeräumten Spielraums für seine Willensbetätigung Neuregelungen privater Rechtsverhältnisse vornehmen. Wenn unsere Rechtsordnung es nun positiv regelt, daß ein Nichtberechtigter unter bestimmten Voraussetzungen auf die Rechtssphäre eines anderen einwirken kann, so bedeutet dies nur, daß der einzelne in Selbstbestimmung auch einen anderen autorisieren kann, für ihn eine Regelung zu treffen, die rechtlich gelten soll. Über die Einwilligung kann man damit einer Person Zuständigkeiten für subjektive Rechte einräumen und sie auf diese Weise autorisieren, wirksame Neuregelungen vorzunehmen. Der Berechtigte hat nicht lediglich ein Mitstimmrecht bei der Verfügung eines anderen, sondern ist als Rechtszuständiger zur Autorisierung einer Person berufen, weil allein er der Stimmberechtigte ist. Der rechtsgeschäftlich Handelnde ist also danach zwar der befugte Nichtberechtigte, das Rechtsgeschäft als Regelung ist aber ein solches des Berechtigten. Damit ist die Parallele zur Stellvertretung aufgezeigt: auch dort ist der Vertreter der Handelnde, die durch ihn gesetzte Regelung ist jedoch die des Geschäftsherrn. Ebenso wie bei der Stellvertretung steht demgemäß das Verfügungsrecht des befugten Nichtberech-

1) Motive I S.126

tigten nicht im Gegensatz zur Privatautonomie, sondern ist nur ein Ausfluß derselben[1].

Der Unterschied zwischen Ermächtigung und Vollmacht besteht auf den ersten Blick darin, daß der Vertretene nicht nur unmittelbar rechtsändernde Einwirkungen in seiner Sphäre durch einen Mittler vornehmen läßt, sondern auch obligatorische Rechte aus dem Geschäftsabschluß als "Vollpartei" erwirbt[2]. Der Ausdruck Stampes, der Zustimmende werde lediglich Passivpartei, ist irreführend und deshalb abzulehnen, kommt aber der Eigenart der Stellung des Ermächtigenden nahe. Der Ermächtigte hat, wie ältere Autoren es gern formulieren[3], nach unserer Rechtsordnung grundsätzlich nur die dingliche Einwirkungsmöglichkeit auf die fremde Rechtssphäre für einen Geschäftsgegner. Insofern ist der Zustimmende nur "passiv" an der Gestaltung von Rechtsverhältnissen beteiligt.

> Die Ermächtigung ist nach allem ebenso wie die Vertretung eine von der Rechtsordnung anerkannte Art und Weise, durch einen anderen in Selbstbestimmung tätig zu werden.

4. Diese These, deren Richtigkeit noch im einzelnen überprüft werden muß, findet in der Lehre von Enneccerus eine bemerkenswerte Parallele[4]. Er war der Auffassung, unter dem gemeinsamen Namen "Ermächtigung" im weiteren Sinn könnten Willenserklärungen zusammengefaßt werden, die die Befugnis erteilen, durch Rechtsgeschäft irgendwie auf die Verhältnisse, insbesondere auf das Vermögen eines anderen einzuwirken und glaubte, damit eine zusammenfassende Bezeichnung für Ermächtigung und Vollmacht gefunden zu haben. Obwohl dieser übergeordnete Begriff nicht notwendig erscheint und mit Recht von der heutigen Lehre[5] abgelehnt wird, ist derKernge-

---

1) ebenso Flume aaO, S.163
2) Stampe JW 1921,48o
3) Simmon aaO S.33
4) Allg.Teil I 12.Bearb. (1928) § 175 ebenso Hupka, Vollmacht (19oo) S.21 ff
5) Lehmann Allg.Teil § 37 VI

danke Enneccerus'zu billigen. Enneccerus konnte jedoch die entscheidenden Kriterien, die den Unterschied von Ermächtigung und Vollmacht ausmachen, nicht erkennen, weil er aus der Sicht der Willenslehre des 19.Jahrhunderts die Einwirkung auf fremde Vermögensverhältnisse in unmittelbare Beziehung zur Willenserklärung des Handelnden setzte. Er arbeitete den Gedanken, daß das rechtsgeschäftliche Handeln einer Mittelsperson gegenüber dem Rechtsgeschäft als Ergebnis dieses Handelns selbständig ist, nicht deutlich heraus. Die Einwirkung auf fremdes Vermögen ist nach der hier vertretenen Auffassung erst dann "Rechtsgeschäft", d.h. ein gestaltender Rechtsakt, wenn sie durch die normative Wertung des Gesetzes auch anerkannt ist. Die Geltung der Handlung des Ermächtigten beruht auf seinem willentlichen Akt und auf dem R e c h t. Dogmatiker werfen Enneccerus deshalb heute vor, seine Ermächtigungsfälle müßten, "soweit sie anzuerkennen sind", unter § 185 eingereiht werden, die übrigen, z.B. die Verpflichtungsermächtigung, verstießen gegen den in § 164 II statuierten Offenheitsgrundsatz und seien unzulässig[1].

Allerdings weisen Coing und Nipperdey bereits darauf hin, die Erkenntnis der Unterschiede zwischen § 185 und § 164 dürfe den Blick nicht dafür trüben, daß Vollmacht und Einwilligung viele gemeinsame Züge hätten[2]. Diese Stellungnahme der heute herrschenden Lehre erscheint bei kritischer Betrachtung jedoch zu oberflächlich. Gemeinsamkeiten und Unterschiede der genannten Rechtsfiguren können nur dann erkannt werden, wenn man sich vor Augen hält:

> Das rechtsgeschäftliche Handeln einer autorisierten Mittelsperson führt zu der gewollten rechtlichen Gestaltung, wenn sie sich im Gefüge unserer auf Selbstbestimmung und Selbstverantwortung der handelnden Rechtsgenossen aufgebauten Privatrechtsordnung betätigt. Auftauchende Interessen-

---

1) Enneccerus-Nipperdey Allg.Teil § 2o4 I 3 Anm.6 (1233) (15.Bearb.) Lehmann Allg.Teil § 37 VI (313)
2) Staudinger-Coing Vorb. § 164 Randn.63a (unter b)

konflikte beim rechtsgeschäftlichen Handeln durch eine autorisierte Mittelsperson werden durch den in § 185 und § 164 ff zum Ausdruck gebrachten normativen Willen des Gesetzgebers entschieden. Aus diesen Wertungen des Gesetzes folgt, ob bei Handlungen eines autorisierten Mittelsmannes alle Rechtsfolgen entweder dem Handelnden selbst oder dem primär Rechtszuständigen zuzuordnen sind.

II

1. Bezeichnet man das Ergebnis rechtsgeschäftlichen Handelns des befugten Nichtberechtigten und des Vertreters als eine Regelung des Berechtigten bzw. des Vollmachtgebers, so läßt man freilich ein Unterscheidungsmerkmal außer Betracht, das von Dogmatikern immer wieder als besonderes Kennzeichen der Ermächtigung herausgestellt wird. Hierauf weist insbesondere Müller-Freienfels hin[1].

> Die Zustimmung nach § 185 sei die Ermächtigung, durch ein im eigenen Namen vorzunehmendes Rechtsgeschäft auf das Vermögen des Ermächtigenden einzuwirken, dagegen die Vollmacht nach § 167 I stelle die Ermächtigung dar, durch eine im Namen des Ermächtigenden abzugebende oder zu empfangende Willenserklärung auf dessen Vermögen einzuwirken[2].

So soll nach v.Tuhr[3] die Vertretungsmacht eine Beziehung des Vertreters zur Person, nicht zum Vermögen des Vertretenen sein[4]. Dieser Unterschied zwischen Vollmacht und Ermächtigung wird auch als so grundlegend bezeichnet, daß eben deswegen Enneccerus' Lehre von der Ermächtigung i.w.S. als überflüssig bezeichnet

---

1) Müller-Freienfels, Vertretung S.98 ff
2) Enneccerus-Nipperdey § 2o4 I 3 (S.1233 Anm.6)
3) v.Tuhr Allg.Teil § 84 N.7 (334) und § 85 N.175(4o4)
4) zu allem auch Müller-Freienfels, Vertretung aaO

wird[1]. Das neuere Schrifttum baut auf dieser systematischen Unterscheidung auf. Wegweisend in diesem Sinne haben insbesondere Raapes[2] Abhandlungen "Zustimmung und Verfügung" und "Verfügungsvollmacht" gewirkt. Den Beweis für den systematischen Unterschied zwischen Einwilligung und Vollmacht liefert nach Raapes Ansicht folgende Deduktion: Er geht davon aus, daß die Verfügung eine Willenserklärung sei, die zu ihrer Wirksamkeit eine Rechtszuständigkeit voraussetze. Er untersucht dann, ob die Verfügungsvollmacht zu ihrer Wirksamkeit eine Verfügungsbefugnis des Vollmachtgebers voraussetzt und fragt nach der ihr eigentümlichen Wirkung. Raape bezieht sich auf v.Tuhr, wenn er zum Ergebnis kommt, die "communis opinio" halte die von einem Nichteigentümer erteilte Verfügungsvollmacht als solche für durchaus gültig und s c h l i e ß t d a r a u s , d a ß s i e k e i n e V e r f ü g u n g s e i [3]. Selbst der Interessenjurist H e c k hat sich nicht etwa gegen die Begriffs- und Systembildung gewandt, er hat dies auch klar und unzweideutig ausgesprochen: "Ohne Begriffe ist kein Denken möglich"[4]. Daher ist gegen Raapes Systembildung grundsätzliche Kritik unberechtigt[5]. Bedenken müssen jedoch auftauchen, wenn Raape die begrifflich-systematische Unterscheidung in ihrer Tragweite nicht auf den Ordnungszweck beschränkt[6], sondern aus ihr sachliche Folgerungen für das Wesen der Ermächtigung bzw. der Bevollmächtigung ableitet. Dies muß an Hand seiner Überlegungen noch näher erläutert werden:

---

1) Lehmann, Allg.Teil § 37 VI (313)
2) AcP 121,257 ff und AcP 123,2oo
3) AcP 123,2oo
4) Heck DJZ 09,1457
5) vgl.die Kontroverse zwischen Raape und Isay in AcP 121,257 (Raape); AcP 122,195 (Isay); AcP 123,194 (Raape); gegen Isays Methode mit Recht Stoll, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz aaO S.75 A.6
6) dafür Heck, Gesetzesauslegung AcP 112,1 ff

Die Vertretungsmacht beziehe sich auf die Person des Vertretenen, diese sei kraft Geschäftsbeteiligung zur Zustimmung berufen[1]. Demgegenüber betreffe die Ermächtigung das Objekt der Verfügung, z.B. die Sache unmittelbar, daher stimme der Berechtigte kraft Rechtsbeteiligung zu. Wenn ein durch einen falsus procurator "Vertretener" Stellung zu einem Geschäft nehmen müsse, dann habe er nicht in seiner Eigenschaft als Eigentümer über den Akt des Vertreters zu entscheiden, sondern in seiner Eigenschaft als Geschäftsherr. Im Fall eines nichtberechtigten Machtgebers führe dies zu folgendem Unterschied: Wenn ein Bevollmächtigter eines Nichtberechtigten seinem Kontrahenten wegen der fehlenden Verfügungsmacht seinesGeschäftsherrn kein Eigentum verschaffen könne, dann liege der Mangel lediglich beim Vertretergeschäft, nicht an der Bevollmächtigung. Diese wolle nur den Zustand herstellen, der wäre, wenn der Geschäftsherr persönlich den Gegenstand veräußert hätte. Sie habe deshalb nichts damit zu tun, ob der Geschäftsherr auch Inhaber des betreffenden Rechts sei. Bei der Zustimmung liege es aber umgekehrt. Da könne nur die Erklärung desjenigen nützen, der wirklich der Betroffene sei. Damit sei der Beweis erbracht, daß die Verfügungsvollmacht keine Verleihung der Verfügungsbefugnis enthalte, da es zur wirksamen Verfügung eines Vertreters nur der Verfügungsbefugnis des Vertretenen bedürfe. Daher könne sie nie Verfügung sein. Dagegen übertrage die Ermächtigung die Verfügungsmacht des Vollmachtgebers auf den Vertreter und sei somit stets Verfügung[2].

Diesen "tieferen systematischen Unterschied zwischen Vollmacht und Ermächtigung" hat Siebert[3] übernommen und die Folgerung gezogen:

Die Möglichkeit der Erteilung einer Vollmacht sei die Folge der allgemeinen Geschäftsfähigkeit, die Wirksamkeit der Ermächtigung hänge aber von der Berechtigung

---

1) AcP 121,274
2) Müller-Freienfels ausführlich dazu aaO S.1oo
3) Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis (1933) S.254,312

an einem bestimmten Gegenstand ab. Raapes Systembildung an Hand der Einordnung des § 185 und der §§ 164, 167,177 wirkt auch heute noch klärend und bleibt deshalb sinnvoll, soweit sie sich auf ihren Ordnungszweck beschränkt und den Unterschied zwischen Verfügung und Verpflichtung verdeutlicht[1].

2. Die moderne Lehre bleibt jedoch unscharf,wenn sie einerseits die Verwandtschaft zwischen Einwilligung und Bevollmächtigung aufzeigt und auf das Offenheitsprinzip als das entscheidende Unterscheidungsmerkmal hinweist, andererseits aber doch wiederum betont, daß beide Rechtsinstitute "auf verschiedener systematischer Grundlage ruhen"[2]. Eine solche Gegenüberstellung muß unklar bleiben, solange man nicht den Gegensatz zwischen beiden Instituten gefunden hat.

Zunächst erscheint der Begriff der "Rechtsmacht", die sowohl dem Vertreter ("Vollmacht") und dem befugten Nichtberechtigten ("Ermächtigung") erteilt werden muß, als zu unbestimmt. Müller-Freienfels bemerkt treffend, daß er deshalb für die systematische Einordnung der beiden Institute ungeeignet ist[3]. In der folgenden Untersuchung muß zunächst das Gemeinsame von Ermächtigung und Vollmacht dargelegt und sodann ein einziges Merkmal entwickelt werden. Das Unterscheidungsmerkmal ist aus dem in verschiedene Richtungen laufenden normativen Willen des Gesetzgebers in § 185 einerseits, §§ 164 ff andererseits herzuleiten.

Wie Raape entwickelt hat, kann der befugte Nichtberechtigte entweder für einen Berechtigten oder für einen wiederum nur befugten Nichtberechtigten handeln.

---

1) Diese Unterscheidung wird auch heute noch als zweckmäßig erkannt: vgl.Raiser, Vertragsfunktion S.1o
2) Siebert, Treuhandverhältnis S.312 und Nachweise
3) vgl.auch Müller-Freienfels, Vertretung S.84 Es erscheint unbefriedigend, wenn Leonhard (Jher Jb 86,1 ff) die Vertretung als Handlung aus der Rechtsmacht eines anderen gekennzeichnet hat und daraus folgert, daß Vertretung nicht eine Beziehung zum Vermögen, sondern zur Person eines anderen sei.

Auch im letzteren Fall der Unterermächtigung steht ebenso wie bei der Untervertretung am Ende der Zuordnungsfolge wieder ein Rechtssubjekt, von dessen Zustimmung die Wirksamkeit der Verfügung grundsätzlich abhängig ist. Die Abtrennung oder Aufteilung der Verfügungsbefugnis empfiehlt sich allenthalben aus Gründen der Arbeitsökonomie (Einziehungsermächtigung) und der Ermöglichung wirklicher Zusammenarbeit oder aus besonderen Wertungen der Interessenlagen (§ 6 KO) durch den Gesetzgeber. Bei der Betrachtung der wirtschaftlichen Eigenart derartiger Aufteilungen von Verfügungsbefugnissen drängt sich die Frage auf, in welcher Beziehung nun der befugte Nichtberechtigte und der Vertreter zu dem Berechtigten bzw. dem Vertretenen stehen[1].

Der Sinn des Wortes "Berechtigter" deutet schon darauf hin, daß er der subjektiv Berechtigte, der Rechtsinhaber, sein soll. Will man aber "den alten Fehler" vermeiden, "das subjektive Recht des Berechtigten als eine Art Ding zu betrachten", so muß man sich zunächst darüber klar sein, für welche Zwecke der Begriff des subjektiven Rechts in diesem Zusammenhang gebraucht wird[2]. Die Kombination Lehmanns aus Windscheids und Jherings Definitionen: das subjektive Recht müsse "als Willensherrschaft zur Befriedigung menschlicher Interessen" aufgefaßt werden, kann nicht befriedigen[3]. In wachsendem Maße findet in der Gegenwart der Gedanke Anhänger, im subjektiven Recht ein Zuständigkeitselement zu sehen. Stammler führt dazu aus, der Begriff des Eigentums sei eine Frage, die allgemeingültig an jedes Rechtsinstitut gerichtet werden kann. "Es ist die Frage nach der in letzter Linie möglichen Bestimmung von Rechtsobjekten. Eigentum bedeutet also ein rechtliches Wollen, dem es wesentlich ist, das letzte Wort über ein Rechtsobjekt anzugeben[4]". Die im subjektiven Recht lie-

---

1) so Müller-Freienfels, Vertretung S.10,86 ff
2) Müller-Freienfels S.87
3) Lehmann Allg.Teil § 10 IV und Nachw.
4) Stammler, Theorie der Rechtswissenschaft (1923) S.154

gende organisatorische Bedeutung hatte auch Kelsen erkannt, wenn er sagt: Die Einräumung eines subjektiven Rechts bedeute die Gewährung der Teilnahme an der Rechtserzeugung[1]. In diesem Sinne betrachtet heute auch Esser das subjektive Recht als ein sozial gebundenes Bestimmungsrecht[2]. Damit ist folgendes gesagt: In der Regel ist Berechtigter, wer von der Sozialordnung zum Rechtsinhaber gemacht ist. Der sozial Berechtigte muß aber nicht notwendig auch derjenige sein, der über die ihm zugeteilten Rechtsobjekte die Verfügungszuständigkeit besitzt, worauf v.Hippel besonders hinweist[3]. Es muß notwendig eine Trennung von Berechtigung und Verfügungsbefugnis, eine Verteilung dieser beiden Rechte auf verschiedene Personen geben. Eine derartige Verteilung von Berechtigung und Verfügungsbefugnis kann einmal durch den Gesetzgeber erfolgen[4]. Hier interessieren nur die Fälle, in denen ein subjektiv Berechtigter willkürlich einer anderen Person Befugnisse zum rechtsgeschäftlichen Handeln in seiner Sphäre erteilt. In diesen Fällen fußt der Vertreter oder der nun "Befugte" auf dem Recht einer anderen Person. Er wiederum kann seine Befugnis auf einen anderen verlagern, es ist aber klar, daß der Befugte nicht subjektiv Berechtigte sich auf eine fremde Zuständigkeit stützt.

In der Stufenfolge steht er hinter dem subjektiv Berechtigten, seine Zuständigkeit ist "s e k u n d ä r" gegenüber der "p r i m ä r e n Kompetenz" des subjektiv Berechtigten[5]. Das Gemeinsame von Vertretung und Ermächtigung ist also, daß beide sekundäre Zuständigkeiten sind.

3. Es gilt nun, das entscheidende Kriterium, das Vertretung und Ermächtigung voneinander trennt, herauszu-

---

1) Kelsen, Reine Rechtslehre (1934) S.51; anders Neuauflage (1960) S.137,139 ff
2) Esser, Einführung i.d.Grundbegriffe d.R. S.158
3) v.Hippel, Privatautonomie S.129 ff (138)

Forts.d.Anm.s.S.35

stellen.

Während Raape und Siebert Vollmacht und Ermächtigung unterscheiden und lediglich ihre systematische Verschiedenheit betonen,muß ein Merkmal aufgezeigt werden, das den Willen des Gesetzgebers berücksichtigt, soweit es typisiert zum Ausdruck gebracht ist. Zunächst könnte man von der Überlegung ausgehen, daß die Ermächtigung immer die Macht erteile, ein einzelnes Recht des Prinzipals auszuüben, während bei der Vollmacht nicht nur die Zuständigkeit für ein einzelnes Recht, sondern weitergehend für den ganzen Geschäftsabschluß, der die Rechtssphäre des Vertretenen betrifft, eingeräumt wird. Man könnte im Gegensatz zu Raapes "qualitativen" Unterschied zu einem "quantitativen" gelangen[1]. Dieser graduelle Unterschied zwischen den beiden Zuständigkeiten erfaßt aber nicht das Wesentliche, denn er geht nicht von dem grundsätzlichen Rechtsgeschäftsproblem aus.

Zur Selbstbestimmung der rechtsgeschäftlich handelnden Rechtsgenossen gehört auch ihre Selbstverantwortung[2]. Unter stellvertretendem Handeln i.S. der §§ 164 ff versteht unser Recht ein rechtsgeschäftliches Agieren, bei dem der Handelnde durch seine Erklärung oder sein den Sinn der Erklärung beeinflussendes Verhalten zu erkennen gibt, daß er für einenanderen als für sich selbst handeln will. Dies bedeutet, daß bei der Vertretung der Handelnde zwar den Tatbestand setzt, wobei seine Person nicht gleichgültig ist (§ 166). Da er aber in fremdem Namen handelt, erscheint von vornherein nicht er als das selbstverantwortliche Zuordnungssubjekt, sondern derjenige, in dessen Namen gehandelt wird. Der Gesetzgeber führt also in § 164 das Autonomieprinzip konsequent durch: Die Regelung tritt in der Sphäre des Vertretenen ein, weil in seinem Namen gehandelt wird. Den

---

Forts.d.Anm.v.S.34
4) vgl. §§ 2113,2211 BGB; 78 KO (Konkursverwaltung) und § 15o ZVG (Zwangsverwaltung)
5) so auch im Ergebnis Müller-Freienfels aaO S.83 ff(103)
1) so Müller-Freienfels, Vertretung S.1oo
2) Flume, Privatautonomie S.159

Handelnden trifft daher auch nur in Ausnahmefällen (§ 179) die volle Verantwortung für die aus dem Rechtsgeschäft mit einem anderen entspringenden Verpflichtungen. Ist das Rechtsgeschäft vollzogen, so bleiben nur derjenige, in dessen Namen gehandelt wurde und der Geschäftsgegner als Zuordnungssubjekt zurück. Das Gesetz stellt endlich in §§ 167 I, 177 I die vorherige Vollmachterteilung mit der nachträglichen Zustimmung gleich.

Aus diesen eindeutigen Wertungen des Gesetzgebers folgt, daß bei Rechtsgeschäften im eigenen Namen der Handelnde regelmäßig das selbstverantwortliche Zuordnungssubjekt sein muß.

Bei Verfügungen glaubt der Gesetzgeber aber die Selbstverantwortung der Beteiligten anders werten zu müssen. Im Interesse des vertrauendenGeschäftsgegners läßt er auch dann den rechtsgeschäftlichen Akt des im eigenen Namen Handelnden wirksam werden bzw. wirksam sein (§ 185 Abs.I,Abs.II S.1 Fall 1), wenn der Berechtigte zustimmt. Es erschien dem Gesetzgeber nämlich überspitzt, selbst bei Geschäften, die ein bestehendes Recht unmittelbar übertragen, inhaltlich ändern, belasten oder aufheben, an dem Autonomieprinzip festzuhalten und den Nichtberechtigten hier ebenfalls für seinen Akt der Selbstbestimmung zur Verantwortung zu ziehen. Anders als der französische Gesetzgeber in Art.1599 Cc es bestimmte, erklärte der Legislator des bürgerlichen Rechts die Verfügung über fremde Rechte nicht deshalb für nichtig, weil der Nichtberechtigte nicht sichtbar in fremder Rechtssphäre handelte. Er stellte den Vertrauensschutz des Geschäftsgegners in den Vordergrund und durchbrach das am erkennbaren Willen haftende Autonomieprinzip. Bei einem Rechtsgeschäft des im eigenen Namen auftretenden Nichtberechtigten kann das an sich unwirksame Geschäft konvaleszieren, d.h. wirksam werden, wenn es sich um eine bestimmte Gruppe von Rechtsgeschäften handelt. Der Gesetzgeber

nannte sie "Verfügungen", bestimmte aber den Begriff nicht, denn er folgte dem Satz Iavolens "omnes definitio in iure civili periculosa est"[1]. Die Lehre hat insbesondere aus dem Sinn des § 185 - Raape[2] nennt ihn eine "begriffsbestimmende Regel" - und aus der Gesamtheit der Vorschriften des BGB diesen Begriff zu bestimmen versucht. Grundgedanke des Gesetzgebers[3] war hierbei folgende Überlegung:

Die Selbstverantwortung des Nichtberechtigten kommt in bestimmten Fällen nicht in Frage, wenn das Interesse des Geschäftsgegners bereits s i c h e r g e s t e l l t ist. Dies ist typischerweise dann der Fall, wenn jemand einen Gegenstand an den Geschäftsgegner unter Beachtung der für die betreffende Rechtsübertragung geltenden Vorschriften überträgt. Sind die Voraussetzungen des § 929 oder des § 398 etc mit Ausnahme der materiellen Berechtigung erfüllt, so ist der Gegner überhaupt nicht mehr daran interessiert, von wem er den Gegenstand überlassen erhielt, sondern sein Blick richtet sich nunmehr auf den Zuständigen, weil von seiner Zustimmung die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts abhängt[4]. Der deutsche Gesetzgeber erlaubt also gleichsam dem Nichtberechtigten ausnahmsweise, von der Bühne abzutreten, weil der Geschäftsgegner den Gegenstand bereits in der Hand hält! Wie erwähnt, läßt dies der französische Gesetzgeber in Art.1599 Cc nicht zu, denn die unwirksame Verfügung heilt nicht. Es wird der Lehre überlassen, eine schwächere Form der Konvaleszenz, die sogenannte "consolidation" zu entwickeln.

Ein wichtiger Anwendungsfall des § 185 findet sich in § 362 II: An den Nichtgläubiger wird wirksam geleistet, wenn die Zustimmung des Gläubigers vorliegt. Das Interesse des Dritten an der Person des Leistenden ist in dem Augenblick erloschen, wenn die Leistung "real bewirkt" ist, d.h. wenn der Leistungserfolg eingetre-

---

1) D 50, 17,202
2) Jherings Jb 71,97 ff (179)
3) vgl.S.2 (Entwurf I)
4) vorausgesetzt, es liegt kein Fall des Gutglaubensschutzes vor.

ten ist[1].

Es wird deutlich, daß die herkömmliche Definition des Begriffs Verfügung: Rechtsgeschäft, das auf den Bestand eines Rechtes unmittelbar einwirkt, sei es, daß ein bestehendes Recht übertragen, inhaltlich geändert, belastet oder aufgehoben wird, den § 185 zwar systematisch im Verhältnis zu § 164 einordnet. Sachliche Folgerungen dürfen aber allein aus dem normativen Willen des Gesetzgebers gezogen werden. Bei jeder Untersuchung eines Grenzproblems im Bereich des § 185 I,II F.1 muß daher von folgender Überlegung ausgegangen werden:

> Die Regelung der Stellvertretung in §§ 164, 167 I, 177 I und der Ermächtigung in § 185 I,II Fall 1 bedeuten nichts anderes, als daß der einzelne in Selbstbestimmung auch einen anderen autorisieren kann, für ihn eine Regelung darüber zu treffen, was rechtlich gelten soll. Die Stellvertretung und die Ermächtigung sind beide konsequente Durchführungen der Privatautonomie. Beide Institute geben nur der Selbstverantwortung der autorisierten Person und des primär Zuständigen verschiedenen Raum, je nachdem, ob der Vertrauensschutz des Geschäftsgegners es erfordert oder nicht.

III

1. In § 185 II S.1 Fälle 2,3 (Erwerb und Beerbung) ging es ebenfalls um Wertungen, wie weit der Selbstverantwortung des nichtautorisierten Mittlers Raum zu geben sei. Hier war die Frage zu lösen, wie der Nichtberechtigte für die von ihm gewollte Rechtsänderung im Falle nachträglichen Erwerbs des fremden Gegenstandes einzu-

---

1) Larenz, Schuldrecht I § 26 I 3; die Anwendbarkeit des § 185 bei der Erfüllung von Schuldverhältnissen zeigt im übrigen deutlich, daß die Anwendbarkeit des § 185 heute nicht mehr davon abhängig gemacht werden kann, ob es sich um einseitige oder zweiseitige Rechtsgeschäfte handelt. Die Erfüllung wird von Larenz nicht mehr vertraglich konstruiert!

stehen habe. Man löste die Frage im Anschluß an das römische Recht, nur bewertete man die Selbstverantwortung des Nichtberechtigten stärker, indem man ihn für die gewollte Rechtsänderung voll einstehen ließ. Dies wurde am zweckmäßigsten dadurch erreicht, daß man einen Eigentumsübergang - wenn auch ohne Rückwirkung - anordnete. Betrachtet man die Konvaleszenz in diesen Fällen als eine besondere Bewertung der Selbstverantwortung des handelnden Nichtberechtigten bzw. des für seine Handlungen unbeschränkt haftenden Erben, so wird die Frage nach dem eigentlichen Konvaleszenzgrund in diesen Fällen erleichtert, wenn man feststellt:

> Der erwerbende Nichtberechtigte bzw. sein unbeschränkt haftender Erbe sind für den zunächst unwirksamen Eingriff gegenüber dem Geschäftsgegner v e r a n t w o r t l i c h .

2. Der Gesetzgeber hatte noch zu entscheiden, wie die Interessenkollisionen in den beiden letzteren Konvaleszenzfällen des § 185 II S.1 zu regeln sind, wenn der unbefugte Nichtberechtigte über den Gegenstand mehrere einander widersprechende Verfügungen getroffen hatte. Die Konvaleszenz kann in diesen Fällen zu Verkehrsstörungen führen. Das Gesetz löst die Gefahr möglicher Kollisionen dadurch, daß es nur die frühere Verfügung für wirksam erklärt.

Dieselbe Entscheidung muß nach richtiger Fortbildung dieses Gedankens dann getroffen werden, wenn der Berechtigte mehrere sich widersprechende Verfügungen, die der Nichtberechtigte getroffen hatte, gleichzeitig genehmigt[1].

---

1) Staudinger-Coing § 185 Randn.9; Planck-Flad § 185 A.8; es ist rechtlich unmöglich, daß er sie hintereinander genehmigt, da er infolge der durch seine erste Genehmigung eintretende Konvaleszenz aufhört, Berechtigter zu sein und daher zur weiteren Genehmigung nicht mehr legitimiert ist.

§ 4 Die Konvaleszenz im Rahmen materiell-rechtlicher und prozessualer Zusammenhänge

Die notwendigen weitergehenden Erörterungen über die Einordnung der Konvaleszenz in die Lehre vom Rechtsgeschäft könnten zu Unklarheiten führen, daher sei sie im folgenden an verschiedenen typischen Beispielen skizziert. In diesem Zusammenhang interessiert besonders der Bereich des § 185 I,II Fall 1, weil die entscheidenden dogmatischen Probleme seiner Anwendung in Rechtsprechung und Schrifttum bereits nach verschiedenen Richtungen hin durchdacht sind. Hierbei rückt zunächst eine Rechtsentwicklung in den Mittelpunkt der Betrachtung, von der das Reichsgericht schon im Jahre 1927 sagte, sie dränge auf allen Gebieten dazu, "die Möglichkeit einer Übertragung der Legitimation zur Ausübung fremder Rechte anzuerkennen[1]". Die Praxis hat in diesem Sinne der Dogmatik immer neue Wege abgetrotzt[2].

1. Unter § 185 I fällt heute nach überwiegender Meinung die Ermächtigung zur Verwirklichung oder Ausübung eines fremden Rechts, vor allem die Einziehungsermächtigung[3]. Der Ermächtigte erhält hier nicht wie ein Zessionar das volle Gläubigerrecht, sondern allein die Macht, im eigenen Namen die Forderung für den Gläubiger einzuziehen. Infolgedessen behält neben dem Ermächtigten der Ermächtigende das Einziehungsrecht. Eine Zahl von Autoren lehnt die Einziehungsermächtigung mit dem Argument ab, Forderungsrechte seien die Kehrseite der Verpflichtung des Schuldners, daher könnten

---

1) Rg 117,72
2) so Lange, Allg.Teil § 47 III 3 c
3) vgl. im einzelnen die abweichende Auffassung von Köhler: Findet die Einziehungsermächtigung im geltenden bürgerlichen Recht eine Grundlage? Diss. Mainz 1953; Staudinger-Coing Vorbem.§ 164 Randn. 63 d mit Nachw.; Enneccerus-Lehmann § 79 IV

sie nicht zu Ausübungszwecken übertragen werden, weil der Schuldner sich die in der Ermächtigung liegende Veränderung des Gläubigerrechts nicht gefallen zu lassen brauche. Es handele sich um eine dogmatisch bedenkliche Abspaltung einzelner Befugnisse aus der Rechtsmacht des Berechtigten.

Will die Lehre jedoch im Einklang mit dem Autonomieprinzip bleiben, so muß sie die Einziehungsermächtigung anerkennen, mag für dies Institut nun dogmatisch eine Notwendigkeit bestehen oder nicht. So argumentieren viele mit Recht: wenn § 185 schon die Veräußerung im eigenen Namen kraft Selbstbestimmung des Berechtigten gestattet, so muß dies auch für die Einziehung einer Forderung im eigenen Namen gelten. Die Verpflichtung des Schuldners zur Leistung an den Ermächtigten kann daher nicht bezweifelt werden, muß er sich doch auch die Vollabtretung gefallen lassen[1]. Mit Recht wird daher unter Hinweis auf das privatrechtliche Selbstbestimmungsrecht ("Vertragsfreiheit")[2] heute überwiegend die Möglichkeit der Einziehungsermächtigung nicht mehr geleugnet.

Es wäre nur folgerichtig, wenn die heute h.L. den Vorschlag v.Tuhrs[3] aufgreifen würde und ganz allgemein die sogenannte Erwerbsermächtigung anerkennte. Dies würde bedeuten, daß jemand einen anderen dahin ermächtigen kann, durch Handeln im eigenen Namen bei sachenrechtlichen Erwerbsgeschäften statt für sich für den Ermächtigenden zu erwerben. Coing[4] ist der Meinung, v.Tuhrs Ansicht habe sich nicht durchsetzen können. Er verkennt, daß das Reichsgericht eine solche Erwerbsermächtigung beim Erwerb für den, den es angeht, anerkannt[5], allerdings die Konstruktion nicht als solche bezeichnet hat. Es gibt also die sogenannte "Erwerbsermächtigung". Ist jedoch mit dem Erwerb z.B.

---

1) Enneccerus-Nipperdey § 2o4 I 3 a (1234)
2) Staudinger-Coing aaO; anders Larenz, Schuldrecht I § 3o IV
3) Allg.Teil II 1 S.396,397
4) Staudinger-Coing Votb. § 164 Randn.63 b
5) Lehmann Allg.Teil § 36 IV 2 c

eines Anspruchs eine Verpflichtung verknüpft, so kann in diesen Fällen der Hintermann zwar erwerben, jedoch bleibt der im eigenen Namen Handelnde verpflichtet.

2. Die Befugnis, einen Prozeß über ein fremdes Rechtsverhältnis im eigenen Namen zu führen, steht im engen Zusammenhang mit der Einziehungsermächtigung. Wenn auch die Prozeßführung keine unmittelbare Verfügung enthält, so kann sie doch zu einer solchen führen, sodaß § 185 entsprechend zur Anwendung kommen kann[1]. Allerdings setzt die Klage des Ermächtigten voraus, daß dieser ein eigenes, schutzwürdiges rechtliches Interesse an der prozessualen Geltendmachung hat. Diese Beschränkung der Befugnis zur Legitimationsübertragung durch den Berechtigten ist allerdings nur insoweit gerechtfertigt, als der Sinn des Rechtsschutzinteresses gewahrt ist. Der Autonomie des Berechtigten wird bei der Legitimationsübertragung materiell die Anerkennung versagt, wenn Anzeichen vorhanden sind, daß die Organe des Staates sinnlos in Anspruch genommen werden. H i e r z e i g t s i c h d i e G r e n z e d e r S e l b s t b e s t i m m u n g , w e i l d i e M a c h t z u r A u t o n o m i e a u s p r o z e ß r e c h t l i c h e n E r w ä g u n g e n e n t z o g e n w e r d e n m u ß [2]. Daraus folgt auch unmittelbar, daß die Ermächtigung zur Prozeßführung bereits zu Beginn der Rechtshängigkeit gegeben sein muß, weil unsichere Prozeßsituationen vermieden werden müssen. Eine Genehmigung der Prozeßführung gemäß § 185 II ist daher aus öffentlich-rechtlichen Erwägungen überhaupt unzulässig[3]. Das Autonomieprinzip erfährt aus diesen Gründen eine weitere Einschränkung.

3. Auch bei der Aufhebung eines Mietverhältnisses kann das Interesse eines Hausmitbewohners an der Durchführung der Mietaufhebungsklage im eigenen Namen

---

1) Enneccerus-Nipperdey S.1235; Rosenberg, Zivilprozeßrecht § 45 (188)
2) vgl. zum Zusammenhang auch Flume, Privatautonomie S.143
3) BGH JZ 1956,62; BGH NJW 58,338

beachtlich sein, wenn der Hauseigentümer an einem derartigen Prozeß weniger interessiert ist[1]. Die Rechtsprechung hat wiederum zu entscheiden, wie die gewollte Legitimationsübertragung mit der Rechtsordnung in Einklang zu bringen ist. Sie hat den richtigen Ausgangspunkt genommen und nicht auf die Frage abgestellt, ob aus dem Wesen des Mietaufhebungsanspruchs die Unzulässigkeit der Legitimationsübertragung allein deshalb folgt, weil es sich bei diesem Recht um ein höchstpersönliches handelt. Der Ermächtigte soll in diesem Fall ja nicht ein abgetretenes Recht geltend machen, sondern das Recht des Machtgebers. Das Urteil im Mietaufhebungsprozeß, der in Prozeßstandschaft geführt wird, kann nur dahin lauten, daß das Mietverhältnis zwischen den Vertragsparteien aufgehoben wird. Infolgedessen geben prozessuale Fragen den Ausschlag, ob im Einzelfall eine Ermächtigung zur Geltendmachung des Aufhebungsanspruchs im Prozeß zulässig ist. Hier handelt es sich wiederum um die Entscheidung, ob es sinnvoll und gerecht ist, daß ein Hausmitbewohner z.B. selbst gegen einen Störenfried vorgehen oder der Mieter den Hauseigentümer zur Klage gegen den lärmenden Untermieter ermächtigen darf. In diesen Fällen geht es also nicht um die Abtretbarkeit des Aufhebungsanspruchs, sondern darum, ob eine Klage in Prozeßstandschaft "wirtschaftlich zweckmäßig" und dem Kläger "ein schutzwürdiges Interesse" zuzubilligen ist[2]. Die Selbstbestimmung des Ermächtigenden wird wiederum durch prozeßrechtliche Erwägungen in das Gefüge der Rechtsordnung gebracht.

> Der Richter hat deshalb dieser Prozeßstandschaft nur dann das "Placet" zu erteilen, "wenn sie verständigen und zu billigenden Sinnes ist[3].

4. Eine Unstimmigkeit in der rechtlichen Beurteilung

---

1) im einzelnen Hempel, Die Klagbefugnis bei Mietaufhebungsklagen, Diss.Köln 1951; die dogmatisch schwierige Frage der Abtretbarkeit von Mietaufhebungsansprüchen wird z.B. von Bettermann (NJW 49,27o) behandelt
2) KG DR 4o,1145
3) Flume, Privatautonomie S.14o

der Zulässigkeit von Legitimationsübertragungen ergibt sich, wenn man die Rechtsprechung zur Frage, ob z.B. ein Vater den Schmerzensgeldanspruch seiner volljährigen Tochter - solange er nicht abtretbar ist (§ 847 I S.2) - im eigenen Namen in gewillkürter Prozeßstandschaft geltend machen darf[1], nachprüft. Für eine derartige Ermächtigung spricht nach Auffassung der einen, daß dem Vater "als Haushaltungsvorstand an dem Wohlergehen seiner Tochter gelegen sein muß"[2]. Deshalb müsse die Ermächtigung zur Geltendmachung des Anspruchs in Prozeßstandschaft zulässig sein. Dagegen spricht nach der Ansicht des BGH, daß der Schmerzensgeldanspruch als ein selbständiger, besonderer Anspruch regelmäßig neben dem Anspruch auf Ersatz der materiellen Vermögenseinbußen ausdrücklich geltend gemacht werden muß. Der Gesetzgeber hat nämlich in § 847 die Geltendmachung dieses höchstpersönlichen Anspruchs von dem persönlichen Willen des Verletzten abhängig gemacht. Der BGH zieht aus der Rechtsnatur des Anspruchs den Schluß, es widerspräche dem Sinn des Gesetzes, wenn seine Geltendmachung durch einen Dritten im eigenen Namen auf Grund einer Ermächtigung des Verletzten zugelassen würde. Selbst wenn die volljährige Tochter im Haushalt ihres Vaters lebe, könne dies zu keiner anderen rechtlichen Beurteilung führen. Wie wenig zwingend diese Folgerung ist, beweist einmal die Uberlegung der Rechtsprechung zur Prozeßstandschaft bei Mietaufhebungsklagen. Auch die Vorinstanz in der zitierten BGH Rechtsprechung ist anderer Meinung gewesen. Es ist in der Tat nicht einzusehen, weshalb sich allein aus dem "Charakter" des Anspruchs aus § 847 notwendig die Folgerung ergibt, daß auch eine Ermächtigung zur Geltendmachung im Prozeß durch einen anderen unzulässig sei. Gewiß soll die Geltendmachung dieses Anspruchs von dem freien, unbeeinflußten Selbstbestimmungsrecht der Ver-

1) BGH LM Nr.3 zu § 847
2) BGH aaO zitiert die Begründung der Vorinstanz

letzten abhängig sein, doch der Zweck der Vorschrift ist gewahrt, wenn die Verletzte ihren Vater zur Wahrnehmung ihrer Rechte autorisiert. Allein prozeßrechtliche Erwägungen sollten bei der Frage der Zulässigkeit dieser Legitimationsübertragung eine Rolle spielen.

Es ist daher zweifelhaft, wenn in diesem Fall die Übertragung der Legitimation für nicht billigenswert gehalten wird.

5. Aus der Anerkennung der sogenannten Legitimationsübertragungen wird das Rechtsinstitut der Ermächtigungstreuhand hergeleitet[1]. Hierher gehört in erster Linie der Fall der uneigennützigen (fremdnützigen) Treuhand. Sie erfolgt im Interesse des Treugebers und enthält regelmäßig nur die Ermächtigung zur Rechtsausübung gemäß § 185[2]. Sie ist zu trennen von dem Treuhandverhältnis das im Interesse des Treunehmers oder eines Dritten begründet ist (eigennützige Treuhand)und i m Z w e i f e l eine volle Rechtsübertragung enthält[3].

6. Legitimationsübertragungen können - wie die verschiedenen Beispiele gezeigt haben, nur im Rahmen des

---

1) Enneccerus-Nipperdey § 148 II 1,2 (922,926)
2) vgl. die gesetzlich geregelten Fälle in §§ 2197 ff (Testamentsvollstr.)
3) Bei der uneigennützigen Treuhand interessiert in diesem Zusammenhang insbesondere die Frage, ob dem Treugeber die konkurrierende Verfügungszuständigkeit erhalten bleibt oder ob er diese Zuständigkeit etwa rechtlich mit absoluter Wirkung ausschließen kann. Die vom Treugeber bezweckte Sicherung des Treunehmers ist nämlich erst dann vollständig, wenn der Treugeber den Nehmer durch die Einschränkung seines Verfügungsrechts vor eigenen Zwischenverfügungen schützt. Eine solche "verdrängende unwiderrufliche" Ermächtigung wird von der h.L. abgelehnt, (Ennecc.-Nipp.aaO S.926) weil sich niemand wirksam des Rechts begeben könne, seine Angelegenheiten selbst zu erledigen (§ 137). Müller-Freienfels (aaO S.126 ff,132) hält der h.L. jedoch entgegen, daß durch einen derartigen Ausschluß der Verfügungsbefugnis der zu treuen Händen übertragenen Gegenstand nicht zu einer "res extra commercium" gemacht werde, das Recht ja veräußerlich bleibe, mithin die ratio des § 137 nicht zum Zuge komme.

materiellen oder prozessualen Rechts wirksam sein. Ein instruktives Beispiel hierfür ist der Streit um die Abtretbarkeit des Grundbuchberichtigungsanspruchs nach § 894[1]. Bekanntlich ist der Anspruch aus § 894 dinglich und fließt unmittelbar aus dem Recht, auf Grund dessen er erhoben wird. Daraus folgt, daß er losgelöst von dem dinglichen Recht auf einen anderen als vollberechtigten Alleininhaber grundsätzlich nicht übertragen werden darf. Dingliche Rechte sollen nämlich nicht durch einfache Übertragung des zugehörigen Berichtigungsanspruchs erworben werden. Dies könnte zu einer unzulässigen Umgehung der in §§ 873, 925 aufgestellten Grundsätze führen.

Da privatautonome Gestaltung nicht zur Rechtsetzung führen darf, so ist eine "Übertragung" nur mit der beschränkten Wirkung möglich, daß der "Zessionar" ermächtigt wird, den Berichtigungsanspruch im eigenen Namen und Interesse dahin geltend zu machen, den "Zedenten" als wahren Berechtigten im Grundbuch einzutragen. Die Rechtsprechung[2] schlägt daher vor, in der Regel die "Abtretung" in eine Ermächtigung umzudeuten. "Umdeutung" bedeutet in diesem Fall wiederum nichts anderes, als einem Akt der Selbstbestimmung die materielle Qualifikation des Rechts zu geben, ihn mit dem Rechtsgedanken in Einklang zu bringen[3].

7. Abschließend soll das Augenmerk noch auf eine umstrittene Frage gelenkt werden, die das Problem der Konvaleszenz g e s e t z l i c h e r P f a n d r e c h t e , insbesondere des Werkunternehmerpfandrechts betrifft[4].

Gemeint ist der Fall, in dem der Vorbehaltskäufer H den gekauften Lastwagen des E dem Werkunternehmer W zur Reparatur bringt und dem Kaufvertrag zwischen H und E folgende Geschäftsbedingung zugrundeliegt:

> "Der Käufer hat die Pflicht, während der Dauer des Eigentumsvorbehalts den Kaufgegenstand in ordnungs-

---

1) Staudinger-Seufert § 894 Randn.29
2) RG 64,168; RG Warn R 1922 Nr.5
3) zum Zusammenhang vgl.Flume, Privatautonomie aaO S.142

mäßigem Zustand zu halten und erforderlich werdende Reparaturen sofort ausführen zu lassen".

Für den Werkunternehmer ist es in diesem Fall entscheidend, ob er an der Vorbehaltssache ein gesetzliches Pfandrecht gemäß § 647 erwirbt und damit für den Fall, daß H in Konkurs gerät, gemäß § 49 Ziff.2 KO ein Absonderungsrecht geltend machen kann. Zunächst ist zu erwägen, ob der Werkunternehmer an der Anwartschaft das Pfandrecht erwerben kann, weil sie ein wesensgleiches "Minus"[1] des Eigentums darstellt. Die Entscheidung dieser Frage hat jedoch hier insofern geringere praktische Bedeutung, als das Pfandrecht an der Anwartschaft für den Werkunternehmer im Konkursfall des H wenig Wert hat. Es kann nur zum Pfandrecht an der Sache und damit zum Besitz- und Befriedigungsrecht werden (§§ 986 I,647), wenn H dem K den Kaufpreis vollständig bezahlt und damit Eigentum erwirbt. Praktisch bedeutsam ist jedoch die Frage, ob die vom Eigentümer dem Besitzer H erteilte E r m ä c h t i g u n g , den gekauften LKW reparieren zu lassen, geeignet ist, gemäß § 185 I ein gesetzliches Unternehmerpfandrecht an der dem Besteller nicht gehörenden Sache entstehen zu lassen.

Entscheidend ist in diesem Zusammenhang, ob das gesetzliche Unternehmerpfandrecht seine Entstehung einem rechtsgeschäftlichen Akt des stimmberechtigten Rechtszuständigen verdankt oder einen nicht rechtsgeschäftlichen Entstehungsgrund hat. Der Wortlaut des § 647 sagt zu der Frage nur soviel, daß der Unternehmer für seine Forderungen aus dem Vertrag ein Pfandrecht an d e n S a c h e n d e s B e s t e l l e r s erwirbt. Von Stöber[2] wird nun vorgeschlagen, trotz dieser im Gesetz zum Ausdruck gekommenen Regelung angesichts der seit Inkrafttreten des BGB völlig veränderten Verhältnisse den Begriff "Sachen des Bestellers" weit auszulegen, um das Interesse des Unternehmers zu wahren.

---

1) Staudinger-Berg § 929 Randn.28 c
2) Stöber NJW 58,821

Nach seiner Auffassung erwirbt also W auf Grund der Ermächtigung des E gemäß § 185 I das gesetzliche Pfandrecht. Diese Auslegung läßt jedoch außer Acht, daß der eindeutige Wortlaut des § 647 mit ihr nicht übereinstimmt, d.h. jede ausweitende Interpretation dieser Norm gegen den ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers verstoßen würde und d a m i t n i c h t i n t e r e s s e n j u r i s t i s c h wäre![1] Nach dem Sprachgebrauch des BGB können unter "Sachen des Bestellers" nur solche verstanden werden, die Eigentum des Bestellers sind, nicht aber Gegenstände, die einem anderen (E) gehören. Der Gesetzgeber hat im übrigen die gesetzlichen Pfandrechte auch als reine Sicherung der schuldrechtlichen Forderung gedacht. Entscheidend ist also, daß die gesetzlichen Pfandrechte ihre Entstehung gerade nicht dem rechtsgeschäftlichen Akt des Zuständigen verdanken sollen, eben weil ihre Entstehungsvoraussetzungen ausdrücklich gesetzlich geregelt sind. Die positive gesetzliche Wertung ist allein der Entstehungsgrund und kein rechtsgeschäftlicher Akt[2]. Deshalb vermag die Zustimmung des Eigentümers zur Reparatur nichts zu ändern, weil das gesetzliche Pfandrecht nach dem normativen Willen des Gesetzgebers Sachen eines Drittrn nicht ergreifen soll. Raiser[3] hebt daher auch mit Recht hervor, daß es der Eigenart gesetzlicher Pfandrechte widerspreche, wenn ihre Entstehung in ausdehnender Anwendung des § 185 von einem Akt der Selbstbestimmung des Rechtszuständigen abhängig gemacht wird. Es kann nach allem für die Entstehung eines Unternehmerpfandrechts auf die Zustimmung des Eigentümers nicht ankommen[4].

Aus der notwendig skizzenhaften Darstellung einzelner, von Rechtsprechung und Lehre bereits weitgehend durchdachter Probleme zu § 185 I,II Fall1 lassen sich bereits die für die folgende Unter-

---

1) vgl.Heck AcP 122,64,65
2) vgl.die Argumentation des BGH aaO; Motive II S.4o4, 4o5; Münzel MDR 52,643
3) Raiser JZ 58,681 (682)
4) auch gutgläubiger Erwerb soll nach BGH NJW 61,5o2 ausgeschlossen sein

suchung wegweisenden Tendenzen der Rechtsentwicklung ablesen:

In einigen Fällen hat die Rechtsprechung es abgelehnt, das positive Privatrechtssystem durch rein vom Zweck her bestimmte Korrekturversuche abzuändern. Dies zeigte sich deutlich beim Problem der Konvaleszenz gesetzlicher Pfandrechte und dem Streit um die Abtretbarkeit des Grundbuchberichtigungsanspruchs. Andererseits zeigte sich besonders bei der Frage um die Anerkennung der Einziehungsermächtigung und den materiellrechtlichen Problemen im Rahmen der Prozeßstandschaft, daß über die strenge Dogmatik hinweg zu einem b e w e g l i c h e r e n S y s t e m des Privatrechts übergegangen werden sollte. Auf die kritisierte Entscheidung des BGH zur Legitimationsübertragung bei Schmerzensgeldansprüchen sei in diesem Zusammenhang besonders hingewiesen.

Der folgende Hauptteil hat nun die Aufgabe, an Hand noch offener Konvaleszenzprobleme im einzelnen darzustellen, in welchen Fällen dem Vorschlag Wieackers[1], von den allgemeinen Begriffen und dem geschlossenen System zu einem elastischeren Gefüge allgemeinerer Maximen überzugehen, gefolgt werden darf.

---

1) Das bürgerl.Recht im Wandel der Gesellschaftsordnungen S.7 (in Hundert Jahre deutsches Rechtsleben Band II)

Z w e i t e r T e i l

§ 5 Die Zustimmung des Berechtigten

I

1. In § 185 ist von der Verfügung eines Nichtberechtigten die Rede, die durch Zustimmung des Berechtigten wirksam wird. Zunächst muß geklärt werden, wer als Berechtigter durch seine Zustimmung einem Rechtsakt i.S. des § 185 Wirksamkeit verleihen kann.

In der älteren Literatur gehen die Meinungen über die Frage, wer als Berechtigter i.S. des § 185 anzusehen ist, bereits auseinander. So geht Hellwig[1] vom Regelfall aus, in dem der Berechtigte auch der Rechtsträger ist. Er unterscheidet sodann Fälle, in denen ein nicht subjektiv Berechtigter das Recht und auch die Macht hat, über fremdes Recht zu verfügen. Hierzu gehört seiner Ansicht nach der zur Veräußerung der Sache befugte Pfandgläubiger. Hiervon trennt er Fälle, in denen der Nichtberechtigte kein Recht, wohl aber die Macht zur Verfügung besitzt und rechnet dazu den Ermächtigten, aber auch die Fälle des Gutglaubenserwerbs. Hellwig versucht auf diese Weise die berechtigte Verfügung über fremdes Recht mit der Verfügung eines legitimierten nicht Verfügungsberechtigten in eine Linie zu stellen, um auch im letzteren Fall "Verfügungsmacht" über fremdes Vermögen und a b g e l e i t e t e n E r w e r b annehmen zu können. Durch die Gleichschaltung der Fälle des § 932 mit § 185 fand er einen Oberbegriff, aus dem er dann eine sachliche Feststellung ableitete! Es führt in diesem Zusammenhang zu weit, Hellwig an Hand seiner Folgerungen aus dem von ihm zitierten Satz "nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet" seinen methodischen Fehler nachzuweisen.

---

1) Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft (1901) S.96 ff; gegen seine Überlegungen nimmt Sohm, Der Gegenstand (1905) S.49 ff Stellung

Grundlage der nun folgenden Erörterungen ist die Fragestellung, in welchen Grenzen die Begriffe Berechtigter und Nichtberechtigter in § 185 heute beweglicher aus der Interessenlage und der ratio der jeweils im Sinnzusammenhang stehenden gesetzlichen Vorschriften verstanden werden dürfen.

Aus dem Aufbau des BGB ergibt sich der Ausgangspunkt. Schon allein das Vertragsprinzip unseres Privatrechts zeigt als Hauptbeispiel, daß nicht Vollzuständigkeiten einer Person, vielmehr Aufspaltungen von Zuständigkeiten, nämlich der Zuständigkeit des Offerenten und der Zuständigkeit des Akzeptanten vorherrschen. Darüberhinaus bestimmt unser BGB Verweigerungsrechte[1], Ablehnungsrechte[2], Bestätigungsrechte[3], Ermächtigungs-[4] Einwilligungs-[5] und Genehmigungsfälle etc. Über diese positiv geregelten Fälle hinaus gibt es nicht etwa die Zustimmung als a l l g e m e i n e s R e c h t s i n s t i t u t , wie es das Reichsgericht in der bekannten Entscheidung im 8o.Band[6] noch behauptet.

Die Frage, ob ein Berechtigter im Einzelfall einem Rechtsgeschäft durch seine einseitige Zustimmung Wirkung verleihen darf, ist allein aus der normativen Interessenbewertung des Gesetzgebers zu entnehmen. Die sachgerechte Lösung eines Problems an Hand der Wertungen des Gesetzgebers wird freilich verdeckt, wenn von ausschließlich streng dogmatischen oder gar begrifflichen Argumentationen ausgegangen und die lebendige Fortentwicklung des Rechts aus dem "normativen Willen" des Gesetzgebers vernachlässigt wird[7].

2. Gerade im Bereich ausweitender Anwendung des § 185 haben Rechtsprechung und Lehre schon früh die hinter dem eng gefaßten Gesetzeswortlaut stehenden allgemeinen Grundsätze herausgearbeitet. Das Reichs-

---

1) §§ 2o14 ff
2) §§ 1786, 22o2
3) §§ 141, 144, 1741, 2o53
4) §§ 112, 113,1825
5) §§ 167, 177, 1365, 1366, 1369, 1423, 2113 ff
6) RG 8o, 4oo
7) vgl.Heck AcP 112, 64, 65

gericht[1] faßte diese zusammen:

> Der Zustimmung zur Verfügung des Nichtberechtigten sei der Fall gleichzustellen, daß der Verfügende selbst die von ihm im Zustand beschränkter Verfügungsmacht getroffene Verfügung nach Erlangung des Verfügungsrechts genehmigt.
> Dementsprechend sei dem nachträglichen Erwerb des Gegenstandes durch den Verfügenden der Fall gleichzustellen, daß jemand, der in der Verfügungsmacht beschränkt war und während dieses Zustandes eine Verfügung getroffen hat, nachträglich das Verfügungsrecht erlangt.

Nach § 7 KO ist beispielsweise die Veräußerung einer massezugehörigen Sache durch den Gemeinschuldner nach Konkurseröffnung "den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam", damit der Konkursverwalter in der Lage ist, gegen den Erwerber der Sache mit dem Anspruch aus § 985 vorzugehen. Heute ist man sich darüber einig, daß Sinn des § 7 KO ist, die Unwirksamkeit von vornherein und gegenüber jedermann bestehen zu lassen, obwohl sie nur zum Zweck der Erhaltung der nach § 3 KO zur gemeinschaftlichen Befriedigung der Konkursgläubiger bestimmten Masse, also nur im Interesse der Gläubiger eintritt[2]. Das Gesetz hat jedoch in § 6 KO dem Konkursverwalter einen Ermessensspielraum eingeräumt, in dem er willkürlich über die endgültige Wirksamkeit einer nach § 7 KO unwirksamen Verfügung des Gemeinschuldners als Eigentümer durch Erteilung oder Verweigerung der Zustimmung entscheiden kann[3]. Damit kommt § 185 in ausweitender Interpretation zur Anwendung.

Bezeichnenderweise argumentiert man bis heute nicht aus der Erkenntnis, daß das unbefugt vorgenommene Geschäft des Nichtberechtigten gemäß § 6 KO erst kraft Zustimmung des Konkursverwalters als R e c h t s z u s t ä n d i g e n zum Gestaltungsakt wird, sondern versuchte die Ausfüllung dieser gesetzlichen

---

1) RG 111, 25o
2) Jaeger-Lent § 7 KO Randn.8,11
3) ders. § 83 Randn.1; § 7 aaO

Lücke allein mit dem klassischen argumentum a fortiori: Der Grundsatz des § 185 müsse erst recht für die Verfügungen eines Berechtigten gelten, dem nur die Verfügungsbefugnis fehle[1]. Diese Auslegung des Konvaleszenzprinzips in § 185 beschränkt sich damit auf die logische Deduktion vom Allgemeinbegriff zum konkreten Satz und zeigt noch deutlich Nachwirkungen der Begriffsjurisprudenz. Die ausweitende Interpretation des Konvaleszenzprinzips im Rahmen der verschiedenen rechtlichen Sinnzusammenhänge wurde wirklich zweckentsprechend erst unter dem Einfluß der Interessen- oder Wertungsjurisprudenz durchgeführt.

> Man sah das Konvaleszenzprinzip mehr und mehr unter dem Gesichtspunkt in der Gesellschaft vorhandener aufeinanderstoßender Interessen, deren relatives Kräfteverhältnis seinen Inhalt bestimmen.

Es kann nun nicht Aufgabe dieses Abschnitts sein, kasuistisch die Entwicklung dieser allgemeinen Grundsätze seit Inkrafttreten des BGB zu behandeln[2]. Die eigentlichen typischen Probleme zeigen sich vielmehr im folgenden Zusammenhang.

---

1) ders. § 7 KO aaO; RGR Komm § 185 Anm.22; Soergel § 185 Anm.11; Enneccerus-Nipperdey S.1245 Anm.59

2) Einige Beispiele seien genannt:
Verfügungen eines Vorerben i.S. des § 2113 I,II sind zwar zunächst wirksam, aber sie werden im Nacherbfall insoweit unwirksam, als sie das Recht des Nacherben schmälern. In diesem Fall greift grundsätzlich § 185 ein. Allerdings kommt § 185 II F.3 unter Mitnacherben nicht zum Zuge, weil nach § 2063 II ein Miterbe dem anderen nie unbeschränkbar haftet. (RG 110,95 - ebenso BGH LM Nr.1 zu § 2113)
Verfügungen eines Ehegatten, die wegen der Beschränkung der Verfügungsmacht gemäß § 1365 ff schwebend unwirksam sind, können gemäß §§ 1366 I,IV,184 genehmigt werden. Ebenfalls muß die Konvaleszenz der ohne Einwilligung vorgenommenen Verfügung eintreten können, wenn der Ehepartner des Verfügenden stirbt. In diesem Fall wird der Schutzzweck der §§ 1365 ff hinfällig. Insofern liegt ein ähnlicher Fall wie in § 185 II F.2 vor. (RGR Komm § 185 Anm.12)

II

1. Wie bereits oben angedeutet, schlägt Wieacker vor, im Privatrecht von allgemeinen Begriffen und dem geschlossenen System zu einem elastischeren Gefüge genereller Lehren überzugehen. Unter diesem Blickwinkel ist der angeschnittene Problemkreis mit vorstehenden Erörterungen noch nicht erschöpft.

Zu ihm gehört die praktisch bedeutsame Frage der Heilung sogenannter "verbotswidriger Abtretungen", die im Arbeitsrecht und im Rahmen des bankgeschäftlichen Sicherungswesens zunehmend in den Vordergrund rückt[1]. Aus der engeren Untersuchung scheiden Fälle aus, in denen kraft Gesetzes oder nach anerkannter Rechtsprechung die Unabtretbarkeit von Forderungen angenommen wird, so z.B. die Fälle der Unübertragbarkeit des obligatorischen Vorkaufsrechts (§ 514), des Anspruchs des Dienstberechtigten auf Leistung (§ 616 S.2) oder des Mieters auf Gebrauchsüberlassung[2]. Thema der zu untersuchenden Problematik ist allein der Fall des § 399 2.Alternative. Eine Forderung kann nach dieser Vorschrift nicht abgetreten werden, weil die Abtretung durch Vereinbarung mit dem Schuldner ausgeschlossen ist.

Maßgebend für die Lösung des Konvaleszenzproblems bei "verbotswidrigen Abtretungen" ist der in § 399 zum Ausdruck gekommene objektivierte Wille des Gesetzgebers, so wie er sich aus dem Wortlaut der Gesetzesbestimmung ergibt und aus dem Sinnzusammenhang, in den diese hineingestellt ist[3].

Der Streit um die Konvaleszenz der "verbotswidrigen" Zessionen erscheint selbst in der neueren Literatur und Rechtsprechung unbefriedigend gelöst[4]. Die Kernfrage, ob eine vereinbarungswidrige Abtretung gemäß § 185 durch Zustimmung bzw. einseitigen Verzicht konvaleszieren darf oder einen schuldabändernden Vertrag (§ 3o5) for-

---

1) so Scholz NJW 6o,1837 ff
2) RG JW 1911, 487 Nr.7
3) vgl.Definition des BVerfG 1,299 (312) zur obj.Theorie Bender JZ 57,596
4) Übersicht RGR Komm § 399 Anm.5

dert, wird ohne tiefere dogmatische Begründung entschieden[1].

2. Die Problematik wird durch einen Fall verdeutlicht: Der Gläubiger G tritt die vereinbarungsgemäß unabtretbare Forderung gegen den Schuldner S an den Zessionar Z ab. Darauf wird die Forderung von P, dem Gläubiger des G, gepfändet. Nun billigt der Schuldner gegenüber Z nachträglich die verbotswidrige Zession. Ist durch die "Genehmigung" des S die Zession geheilt worden, wenn ja, rückwirkend oder lediglich ex nunc?

Eine Vielzahl von Meinungen streitet sich seit langem "anscheinend hoffnungslos" über die Rechtsnatur des pactum de non cedendo[2]. Die einen halten das pactum für ein Veräußerungsverbot, und zwar ein rechtsgeschäftliches, das abweichend von § 137 dingliche Wirkung hat. Die anderen sagen, das pactum verwandle die Forderung in ihrem Wesen und daraus erkläre sich die Unübertragbarkeit. Ein Veräußerungsverbot liege nicht vor.

Die Gesetzesmaterialien klären den Sinn der Vorschrift. Während der erste Entwurf des BGB das Prinzip der Übertragbarkeit von Forderungsrechten in keiner Vorschrift durchbrechen wollte, die eine Abtretung ausschloß, war die zweite Kommission anderer Meinung[3]. Sie glaubte, das Verkehrsinteresse gebiete es nicht dringend, eine gegen Dritte wirksame Veräußerungshinderung völlig auszuschließen, weil"die Forderung dazu bestimmt sei, den besonderen Bedürfnissen des Einzelnen zu dienen". Ein Schuldner habe in manchen Fällen ein berechtigtes Interesse, nur gegenüber einem bestimmten Gläubiger verpflichtet zu sein. Der Wille des Gesetzgebers ging also dahin,

---

1) BGH LM § 4o6 Nr.2 und BGH NJW 54,19o Nr.4 bei 1 gehen ohne Begründung von einer Konvaleszenz durch Genehmigung des Schuldners aus und nehmen zu der 1o.Auflage des RGR Komm (§ 195 Anm.2) sowie zur Auffassung von Staudinger-Werner § 399 Anm.III und zur älteren Meinung des RG 75,143 nicht Stellung; für vertragliche Aufhebung OLG Hamb MDR 62,4o5

2) So schon Raape, Das gesetzliche Veräußerungsverbot S.171 ff

3) vgl.§ 295 II des Entw.I und RG 86,35o (351) mit kritischer Stellungnahme

gerade nicht von der grundsätzlichen Veräußerlichkeit des Forderungsrechts auszugehen und dem Recht durch den Ausschluß der Abtretbarkeit die Eigenschaft der Veräußerungsfähigkeit wieder zu nehmen. Das Gesetz will demnach in § 399 nicht selbst die Entscheidung über die Veräußerlichkeit treffen, sondern dem privaten Selbstbestimmungsrecht der Parteien einen Organisationsspielraum einräumen, der nach dem Grundsatz des § 137 in der Regel an sich nicht vorhanden sein soll. Erklären die Parteien das Recht für unveräußerlich, so nehmen sie ihm nicht eine bereits vorhandene Eigenschaft der Übertragbarkeit, sondern lösen den bis dahin noch bestehenden Zweifel, ob das Recht veräußerlich sein soll oder nicht. Sie machen,"der Ausdruck ist nicht zu kühn", durch ihren privatautonomen Willen das Recht erst fertig[1].

Richtig folgern Raape und v.Tuhr[2], es handele sich in § 399 F.2 nicht um ein Verbot "κατ'ἐξοχήν", eine "singuläre Veräußerungshinderung", sondern um einen Fall, in dem das Gesetz ein Recht für unveräußerlich erklärt und dem Rechtsverkehr entzieht, weil die Parteien es bestimmen. Es ist also falsch, wenn man von einem verbotswidrigen Rechtsgeschäft spricht, denn "die dem Gesetzgeber unerwünschte Wirkung einer Veräußerung ist schon durch die Unwirksamkeit gehindert" und gegen die äußere Vornahme der unwirksamen Abtretung bedarf es keines Verbots mehr, weil dies überflüssig ist. Der Systematiker v.Tuhr entwickelt den Gedanken folgerichtig weiter: Die Zession einer durch Verabredung mit dem Schuldner unabtretbaren Forderung sei nicht nur dem Schuldner gegenüber,sondern absolut unwirksam, eine auf Forderungs-

---

1) Raape aaO S.172 (Raape zieht als treffenden Vergleich die vinculierten Aktien heran § 61 III 1 AktG)
2) Raape aaO; v.Tuhr, Allg.Teil II 2 S.9; II 1 S.333

übertragung gerichtete Leistung sei ursprünglich objektiv unmöglich (§ 306)[1]. v.Tuhr ist ferner der Meinung, die Unabtretbarkeit könne durch Zustimmung des Schuldners beseitigt werden, da sie in seinem Interesse liege[2].

3. Eine Vielzahl von Schriftstellern und auch das Reichsgericht haben demgegenüber die Auffassung vertreten, die Fälle mangelnder Verkehrsfähigkeit eines Rechts, insbesondere auch unübertragbarer Ansprüche seien den Vorschriften über Veräußerungsverbote zu unterstellen[3].

Ein Teil der Lehre will dem Zweck des § 399 entsprechend, der in der Regel allein den Schutz des Schuldners wahrt, einen Fall relativer Unwirksamkeit annehmen[4]. Man wendet § 135 II an und kommt zur Anwendung der Vorschriften zugunsten derjenigen, die Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, also auch zu § 185 II.Diese Lehrmeinung kommt mithin zu einer rückwirkenden Konvaleszenz (§ 184 I) der abredewidrigen Zession[5]! Scholz[6] schlägt demgegenüber vor, nicht von einer schwebenden Unwirksamkeit der abredewidrigen Zession auszugehen, die durch die Genehmigung des Schuldners beseitigt wird. Er sieht in der nachträglichen Billigung des Schuldners einen einseitigen Verzicht auf den in § 135 gewährten Schutz. Der Verzicht sei der Genehmigung zwar ähnlich, unterscheide sich von ihr aber dadurch, daß die Genehmigung dem bis

---

1) Planck-Siber (4.Aufl.1914) § 399 Anm.2; Staudinger-Werner (9.Aufl.1930) Anm.III; Soergel-Schmidt (1959) § 399 Anm.6; Wilde in RGR Komm § 399 Anm.5; Staudinger-Coing § 137 Randn.10; Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil § 144 II Anm.24; Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts I § 30 II Anm.3;
2) v.Tuhr, Allg.Teil II 1 S.333
3) RGR Komm (10.Aufl.) § 185 Anm.2; Enneccerus-Lehmann (15.Bearb.1958) § 78 IV 2 S.314; Erman-Westermann § 399 Anm.2; Palandt-Danckelmann § 399 Anm.6; Achilles'Greiff § 399 Anm.2; Oertmann (5.Aufl.1928) § 399

Forts.d.Anm.s.S.58

dahin schwebend unwirksamen Rechtsgeschäft überhaupt erst Wirksamkeit verleihe, während im Fall relativer Unwirksamkeit der Zessionar durch die verbotswidrige Abtretung bereits Rechtsinhaber werde und der Verzicht lediglich einen Mangel der Forderung beseitige. Hiernach soll die Billigung des Schuldners gerade keine Genehmigung i.S. des § 185 II (über § 135 II) darstellen, sondern den einseitigen Verzicht des Schuldners auf das Recht, die Unwirksamkeit geltend zu machen.

Diese beiden Wege zur Konvaleszenz verbotswidriger Zessionen sind nach der hier vertretenen Auffassung nicht gangbar, da die vereinbarte Unabtretbarkeit die Zession absolut unwirksam macht[1].

4. Gleichwohl kann § 185 entsprechende Anwendung finden. Verfügt der Gläubiger über eine nicht abtretbare Forderung, so ist - wie von Tuhr es bereits richtig gesehen hat - die typische Interessenlage die gleiche, wie wenn ein Nichtberechtigter über einen veräußerlichen Gegenstand verfügt. Die Interessen des Schuld-

---

Forts.d.Anm.v.S.57
Anm.1b; Wünschmann, Gruchot 54,2o9 (21o); insbesondere aber RG 148,1o5 mit einschränkender Anmerkung von Lehmann in JW 35,2619; neuerdings eingehend Scholz NJW 6o,1837 mit Nachweisen

4) z.B. Palandt-Danckelmann § 182 Anm.3 Vorbem.

5) ders.aaO;wohl auch Larenz,Schuldrecht I § 3o II 1 S.261

6) Scholz NJW 6o,1837

1) Eine Spaltung in eine relative Unwirksamkeit und eine sonst bestehende Wirksamkeit, wie sie sonst im Anwendungsbereich des § 135 vielleicht noch vertretbar ist, läßt sich bei der Abtretung einer Forderung - von den behandelten Einwendungen aus dem Normzweck des § 399 einmal abgesehen - jedoch nur schwer durchführen. Ungeachtet dessen, daß man im Beispielsfall zu der komplizierten, im Zwangsvollstreckungsrecht (vgl. zu ähnlichen Problemen Merz NJW 55,347) nur schwer denkbaren Figur einer schwebend relativ unwirksamen Forderungspfändung kommt, tauchen im Konkurs vollends unhaltbare Folgerungen auf. Die Anhänger eines relativen Veräußerungsverbotes kommen nämlich zum Ergebnis, daß das Verbot im Konkurs fortfällt (§ 13 KO). Es ist aber gerade der Sinn und Zweck des § 399, daß selbst im Konkurs der Verwalter die Forderungen wohl einziehen, nicht aber ohne Zustimmung des Schuldners

Forts.d.Anm.s.S.59

ners, deren Schutz die absolute Unwirksamkeit in der Regel[1] bezweckt, entsprechen denjenigen des Berechtigten i.S. des § 185 II. Die Frage nach der entsprechenden Anwendbarkeit des § 185 bei abredewidrigen Zessionen wurde in der älteren Literatur noch überwiegend begrifflich-konstruktiv gelöst. So wird die grundsätzliche Verknüpfung der Wirksamkeit der Zession mit der Genehmigung des Schuldners mit einem Umkehrschluß abgelehnt[2]. Jedoch kann man nicht aus §§ 177,415,458, 876 auf den Fall des § 399 e contrario schließen, eine Konvaleszenz habe der Gesetzgeber in diesem Fall nicht angeordnet, daher dürfe der allgemeine Rechtsgedanke des § 185 nicht zum Zuge kommen[3]. Zeigt schon diese Erwägung, daß die Anwendung einer antiken Auslegungsregel und die sachgerechte Behandlung dieses Konvaleszenzproblems schwerlich ineinandergreifen, so wird diese Überzeugung noch bestärkt, wenn man die weiteren Argumente der h.L. prüft: § 185 finde keine Anwendung, weil die vereinbarungswidrige Zession nicht die Verfügung eines Nichtberechtigten sei. Der Abtretende sei der Berechtigte, nämlich der Gläubiger und nur deshalb bewirke die Abtretung keinen Forderungsübergang, weil die Forderung unübertragbar sei[4]. Allein teleologisch wertungsjuristische Überlegungen können zu einem zweckmäßigen und gerechten, aber auch rechtssicheren Ergebnis führen.

Forts.d.Anm.v.S.58
zedieren kann.
Man sollte also schon aus diesen Gründen der in verwandtem Zusammenhang geäußerten Meinung des BGH zustimmen (13,184) und § 135 nicht anwenden.

1) Es lassen sich allerdings Fälle denken, in denen auch der Gläubiger an der Unabtretbarkeit Interesse hat, worauf besonders von Heck (Schuldrecht S.197) hingewiesen wird.
2) z.B. Wünschmann, Gruchot 54,2o9,21o; neuerdings Scholz NJW 6o,1837
3) zur Methode Coing; Die juristischen Auslegungsmethoden S.1o
4) RG 75,142 (144); Staudinger-Werner § 399 Anm.III; RGR Komm (9.Aufl.)

Eine vergleichende Analyse führt an das eigentliche Problem heran. Bekanntlich bedarf die Veräußerung von Geschäftsanteilen an einer GmbH gemäß § 17 GmbH G der Genehmigung der Gesellschaft. Die Bedeutung des Zustimmungserfordernisses wird bei diesen Vorschriften von Rechtsprechung und Schrifttum übereinstimmend darin gesehen, daß es sich hierbei um einen Anwendungsfall der §§ 182 ff handelt[1]. Demnach ist eine Abtretung des Geschäftsanteils eine Rechtsnachfolge, die ohne die erforderliche Genehmigung zunächst schwebend unwirksam bleibt. Sie kann gemäß § 182 wirksam werden. Es liegt nun nahe, diese Zustimmungsgrundsätze auch bei Abtretungen von Anteilen an Personalgesellschaften und endlich bei "verbotswidrigen Zessionen" anzuwenden. Rechtsprechung und Lehre haben jedoch wiederholt auf den grundlegenden Unterschied hingewiesen, der zwischen Abtretungen von Anteilen an einer Personalgesellschaft einerseits und Übertragungen der Anteile an einer Kapitalgesellschaft andererseits gegeben ist[2]. Gegen die Anwendung der Zustimmungsgrundsätze aus § 17 GmbH G bei der Abtretung des Anteils an einer Personalgesellschaft werden aus dem Zweckgedanken des § 719 Bedenken erhoben. Ein Anteil an einer Personalgesellschaft (§§ 7o5 ff) könne nicht ebenso wie ein GmbH Geschäftsanteil einfach durch Genehmigung der übrigen Gesellschafter übertragen werden. Es wird auf die personenrechtliche Verbundenheit zwischen den Gesellschaftern hingewiesen und ein besonderer V e r t r a g s s c h l u ß des Zustimmenden mit dem Erwerber gefordert[3].

Die gleiche Problematik taucht bei der abredewidrigen Zession auf. Rechtsfolge einer analogen Anwendung

---

1) RG 64,151; 85,47; 1o5,153; 16o,232; Hachenberg Komm GmbH G § 15 Bem.56; Brodmann, Komm GmbH G § 15 Bem.5c; Scholz, Komm GmbH G § 15 Bem.47
2) dazu eingehend BGH 13,179,184
3) Staudinger-Riezler § 182 Anm.4 und BGH aaO mit weiteren Nachweisen

des § 185 II könnte einmal die Heilung der abredewidrigen Z e s s i o n sein. Geht man andererseits davon aus, daß die Forderung unübertragbar ist, so könnte die Genehmigung zur Folge haben, daß der Inhalt der Forderung umgestaltet und die Abtretung erst dadurch ermöglicht wird.

Die Frage spitzt sich dahin zu, ob eine einfache Genehmigung den Inhalt des Rechts überhaupt umgestalten kann. Nach § 305 erfordert die Änderung eines bestehenden Schuldverhältnisses nämlich grundsätzlich einen Vertrag zwischen den Beteiligten. Nur ausnahmsweise reicht die einseitige Erklärung aus (§ 305:"soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt"), wie z.B. beim Rücktritt und bei der Kündigung. Löst man dies Konvaleszenzproblem teleologisch-wertungsjuristisch, so muß aus dem Sinnzusammenhang, in den die Vorschriften der §§ 399,305,185 gestellt sind, ermittelt werden, ob die Genehmigung einer abredewidrigen Zession ein weiteres Beispiel für eine nach dem Gesetzessinn und Zweck zulässige einseitige Schuldabänderung darstellen darf.

5. Der Vertragsbegriff des BGB ist streng an das Merkmal der Einigung durch zwei oder mehrere ineinandergreifende Willenserklärungen, des "duorum pluriumve in idem placitum et consensum" gebunden[1]. Er gilt als zwei- oder mehrseitiges Rechtsgeschäft, zu dessen Tatbestand mehrere Willenserklärungen gehören und wird scharf von dem bloß einseitigen, die Willenserklärung nur einer Person enthaltenden Rechtsgeschäft geschieden.[2] Unser Schuldrecht ist ebenso wie alle vom römischen Recht beeinflußten Rechtssysteme von diesem Vertragsprinzip beherrscht. Trotz des Widerspruchs der Kritiker des BGB, insbesondere der Germanisten[3], hat § 305 den Grundsatz aufgestellt, daß rechtsgeschäftliche,

---

1) Ulpian D 2, 14,1,2
2) Enneccerus-Nipperdey Allg.Teil § 146; Staudinger-Coing Vorb.1 vor § 145; Lehmann, Allg.Teil (11.Aufl. 1958) S.217
3) z.B.Siegel, Das Versprechen als Verpflichtungsgrund (1873)

auf Privatautonomie beruhende Schuldverhältnisse nur durch Verträge begründet und inhaltlich geändert werden können, soweit das Gesetz nicht einzelne Ausnahmen zuläßt. Soweit die Regel des § 3o5 nicht bloß geschichtlich erklärt, sondern vom Zweck her begründet wird,wird gesagt, daß auch bei bloß einseitig verpflichtenden Schuldverhältnissen dem Gläubiger der Erwerb der Forderung oder dem Schuldner die Aufhebung der Schuld nicht aufgedrängt werden darf[1].

Doch gerade im letzteren Fall (§ 397) werden von Larenz[2] gegen die konsequente Anwendung des § 3o5 Bedenken erhoben. Im Anschluß an du Chesne[3] verlangt er beim Verzicht des Gläubigers auf eine Forderung zwar, daß auf den Willen des Schuldners, von der Verpflichtung befreit oder nicht befreit zu werden, Rücksicht genommen wird. Aber es hätte nach seiner Auffassung wohl genügt, wenn das Gesetz, ähnlich wie im Fall des § 333, dem Schuldner das Recht gegeben hätte, den Erlaß seiner Schuld zurückzuweisen. Es würde der Sachlage nicht ganz gerecht, wenn man den Abschluß eines Vertrages verlange. Larenz hilft aber, indem er im Fall des § 397 vorschlägt, in dem Schweigen des Schuldners auf einen ihm zugegangenen Antrag eines Erlaßvertrages in der Regel die Annahme des Antrags zu sehen. L a r e n z s c h l ä g t d a m i t p r a k t i s c h e i n e A b s c h w ä c h u n g d e s V e r t r a g s p r i n z i p s v o r !

Es soll hier nicht den rechtsvergleichenden Untersuchungen[4] W.G.Beckers[5] und Gorlas[6] nachgegangen wer-

---

1) Larenz, Schuldrecht I S.25 und S.25o
2) ders.S.25o
3) Begriff und Arten des Verzichts, Arch Bürg Recht 42,296 ff, 3o2,3o1
4) "Treffend führt z.B. Ussing (Aftaler paa Formueerettens Omraade 3.Aufl.1950) S.95 gegenüber der Bestimmung des § 3o5 BGB aus, daß die Auffassung, wonach der Vertrag ständig als die Grundlage eines Schuldverhältnisses angesehen werde, mehr auf der Macht der Tradition und auf abstrakten Spekulationen als auf einer P r ü f u n g i m E i n z e l f a l l beruhe, welche Rechtsgrundsätze j e w e i l s

Forts.d.Anm. s S 63

den. Es können hier nicht die konkreten Rechtsfälle, an denen die Abschwächungen des Vertragsprinzips im ausländischen Recht beobachtet werden können, mit gleichgelagerten Problemen im deutschen Recht verglichen werden[1]. Die kritischen Untersuchungen Flumes[2] zur Frage der typisierten und der fahrlässigen Willenserklärung zeigen deutlich, wie sich heute unter der Decke des Vertragsprinzips Abschwächungen zeigen. Sie werden nur deshalb nicht als solche beobachtet, weil die Praxis mit den Denkformen der stillschweigenden Willenserklärung oder des konkludenten Verhaltens sehr elastische Möglichkeiten geschaffen hat, die Haltung eines Verhandlungspartners, die in einer typischen Situation auf sein Einverständnis schließen läßt, als rechtsgeschäftliche Willenserklärung mit dem Ziel der Abgabe oder Annahme einer Vertragsofferte zu werten.

Bei alledem kann ein Vergleich mit dem anglo-amerikanischen Recht unser, unter romanistischen Einfluß stehendes Recht nur aus besonderen, aus dem normativen Willen des Gesetzgebers folgenden Gründen veranlassen, die Regel aufzugeben, daß zur Begründung sowie zur Änderung des Inhalts eines Schuldverhältnisses ein Vertrag zwischen den Beteiligten erforderlich ist. Versucht man nun, wie es hier und in späteren Zusammenhängen geschehen soll, j e d e n V e r t r a g , also auch das pactum de non cedendo nicht von seinem Entstehungstatbestand, sondern von seinem Ordnungszweck her zu begreifen, so ist allein entscheidend, daß das Erfordernis der selbstgeschaffenen Ordnung zwischen Gläubiger und Schuldner gewahrt wird[3].

Forts.d.Anm.v.S.62
d e n B e d ü r f n i s s e n d e r L e b e n s v e r h ä l t n i s s e am besten entsprechen;" vgl. hierzu Müller-Freienfels, Vertretung S.93,94

5) Gegenopfer und Opferverwehrung (1958) zur Kontraktsgeschichte im anglo-amerikanischen Recht S.133; kritisch Riesenfeld JZ 59,678

6) Il contratto Bd.I (1954) S.1o9 ff

1) vgl. auch Raiser, Vertragsfunktion S.122 ff

2) Flume, Privatautonomie S.171 ff (179)

3) So Raiser, Vertragsfunktion S.123

Es ist Sache des positiven Rechts, durch n o r m a t i v e W e r t u n g e n die Anforderungen an das Verhalten der Parteien festzulegen. Unter diesem Gesichtspunkt ist die neuere Entwicklung unseres Vertragsrechts zu beurteilen und der Sinn des Vertragsprinzips zu fassen. Bei einem so gefaßten Vertragsbegriff folgt aus dem Umstand, daß das pactum de non cedendo durch zwei ineinandergreifende Willenserklärungen entstanden ist, nicht n o t w e n d i g auch die vertragliche Abänderung dieses pactum.

6. Bemerkenswert ist die neuerdings elastische Haltung des Bundesgerichtshofes bei Stellungnahmen zum Vertragsprinzip. In diesem Zusammenhang interessieren weniger die mannigfaltigen Sachzusammenhänge, in denen der BGH sich mit dem Vertragsgrundsatz auseinanderzusetzen hatte, sondern allein seine M e t h o d e [1].

Der BGH geht davon aus, daß entsprechend "den im Schuldrecht geltenden Grundsätzen"die Inhaltsänderung eines Schuldverhältnisses nur durch einen darauf gerichteten Vertrag, "also durch Antrag und Annahme" zustandekommen könne[2]. Deshalb müsse die Abgabe "entsprechender Willenserklärungen festgestellt werden können". Obwohl von solchen Willenserklärungen in den hier interessierenden Fällen keine Rede sein könne, wird, weil die Änderung des Schuldverhältnisses sachgerecht ist, eine der Willenserklärungen (i.d.Regel die Annahme) fingiert. Nach den angenommenen, "im Schuldrecht geltenden Grundsätzen" sei sonst nicht zu der sachgerechten Regelung zu kommen.

Bei der Konvaleszenz abredewidrig vorgenommener Zessionen sind Rechtsprechung und Lehre noch unsicher, wie weit sie von dem Vertragsprinzip abweichen dürfen. Während der BGH ohne weitere Begründung die Genehmigung

---

1) so die treffende Kritik Flumes zum Problem des Haftungsverzichts bei Gefälligkeitsfahrten aaO S.178 ff an BGH 2,159 ff, anders die neuere E NJW 61,655
2) BGH 2,159 ff und weitere Beispiele bei Flume aaO

des Schuldners für ausreichend hält, allenfalls von allgemeinen Rechtsgrundsätzen spricht[1], die eine einseitige Zustimmung zulassen, hält Schmidt[2] weiter am Vertragsprinzip fest. Ebenso wie Larenz den Verzichtsvertrag abzuschwächen sucht, hält Schmidt es allerdings ebenfalls für ausreichend, wenn die Willenserklärung des Schuldners vom Gläubiger stillschweigend angenommen wird. Bemerkenswert ist andererseits, daß Larenz im Fall des § 399 die im Zusammenhang mit dem Verzichtsvertrag geäußerten Bedenken nicht aufrechterhält und die verbotswidrige Abtretung a n a l o g § 185 II konvaleszieren läßt[3].

Nach meiner Auffassung ist die Begründung mit einer angenommenen Willenserklärung eine Scheinbegründung für eine Lösung, die einen ganz anderen Rechtsgrund hat. Nach der hier vertretenen Meinung, die der F u n k t i o n des pactum de non cedendo den entscheidenden Vorrang einräumt, kommt es nicht darauf an, ob der gewollten Schuldabänderung zwei korrespondierende, auf Einigung abzielende Willenserklärungen zugrundeliegen, oder ob einseitig auf die Handlung des Teils abgestellt wird, dessen Schutz das pactum de non cedendo seinem ursprünglichen Sinngehalt entsprechend bezweckt. Die von einem Teil der Lehre noch geforderte Willenserklärung des Gläubigers ist - wenn auf Seiten des Schuldners ein verzichtbares Interesse gegeben ist - eine reine Unterstellung. Sachlich zutreffend ist aber, daß für das Wirksamwerden der abredewidrigen Zession eine formlose Zustimmung des Schuldners, die sowohl dem Zedenten als auch dem Zessionar erklärt werden kann, eine praktikable, sachgerechte Regelung ist.

Für die Unterstellung einer Willenserklärung des Gläubigers besteht keinerlei Notwendigkeit[4]. Der Schuldner ist im Regelfall des § 399 kraft seiner Willenseinigung mit dem Gläubiger zum Rechtszuständigen er-

---

1) vgl.BGH 13,179 ff (184) zu § 719; zu § 399 BGH LM Nr.2 zu § 399

2) Soergel-Schmidt § 399 Anm.6; ebenso Palandt-Danckelmann § 399 Anm.6 Staudinger-Werner § 399 Anm.III

Forts.d.Anm.s.S.66

klärt, der allein die Unabtretbarkeit beseitigen kann, weil der Gesetzgeber in dieser Vorschrift ausnahmsweise das Interesse des Schuldners an der Unabtretbarkeit anerkennen wollte[1]. Mithin darf es nicht mehr darauf ankommen, ob durch die Zustimmung zunächst die Unabtretbarkeit beseitigt und dadurch die Zession wirksam wird. Vielmehr kann der rechtszuständige Schuldner der Zession, die nur deshalb unwirksam ist, weil das pactum de non cedendo seinem Interesse dient, durch seine formlose Zustimmung Wirksamkeit verleihen. Sieht man mit Lange[2] den Sinn der schwebenden Unwirksamkeit darin, das Interesse eines vom Geschäft Betroffenen, nicht Handelnden zu wahren und Aufsichtsfunktionen zu übernehmen, so erscheint es gerechtfertigt, diese Rechtsfolge auch bei der abredewidrigen Zession anzunehmen.

In konsequenter Anwendung des Konvaleszenzprinzips muß der Genehmigung auch Rückwirkung gemäß § 184 I beigemessen werden. Der Beispielsfall wird demnach in entsprechender Anwendung des § 185 sachgerecht gelöst[3]. Die Billigung des Schuldners gegenüber dem Zessionar

---

Forts.d.Anm. v.S.65

3) Larenz, Schuldrecht I § 3o II 1 (261)

4) Bezeichnend ist, daß der Begründer der Gesetzesauslegung aus dem "normativen Willen des Gesetzgebers", Heck, zu demselben Ergebnis kommt (Schuldrecht 1929 S.197). Heck hält den Vertragszwang aus rechtspolitischen Gründen überhaupt für einen A n a c h r o n i s m u s ! (aaO S.122). Wenn man ihm insoweit auch nicht ohne Einschränkungen zustimmen kann, so ist doch befremdend, wenn Larenz (aaO S.25o Anm.1) seine Ausführungen als kennzeichnend für die nur an der Zweckmäßigkeit orientierte Denkweise des Rechtspositivismus hält.

1) vgl.Quellenangabe oben S.55 (Anm.1)

2) Lange Allg.Teil S.314

3) Die Zwangsverfügung des P gegenüber G bleibt nicht etwa als Zwischenverfügung gemäß § 184 II wirksam. Die Voraussetzungen des § 184 II sind nicht erfüllt: Zwar ist die Zwangsverfügung vor der Genehmigung ausgebracht. Aber sie ist nicht gegenüber dem Genehmigenden, also S erfolgt ,sondern gegenüber G. Ratio des § 184 II kann nämlich nur sein, daß der Genehmigende sich mit seinem früheren Verhalten nicht in Widerspruch setzen darf (Ennecc.-Nipp. § 2o4 IV 3; Staudiger-Coing 7 a,8)

Z läßt die Abtretung ex tunc wirksam werden. Die Pfändung des P geht ins Leere, da durch die Rückfiktion der Genehmigung des S gemäß § 184 I zur Zeit der Pfändung bereits Z der Gläubiger der Forderung war. Es liegt nach der hier vertretenen Auffassung also - jedenfalls im Regelfall - im Belieben des Schuldners, welcher schwebend unwirksamen Verfügung über die Forderung er Wirksamkeit verleihen will.

Hält man § 185 II für anwendbar, so ist damit aus dem normativen Willen des Gesetzgebers ein weiteres Beispiel für eine zulässige einseitige Schuldänderung gegeben!

Im folgenden Paragraphen soll unter anderem untersucht werden, ob S auch die Pfändung des Gläubigers P durch seine Zustimmung heilen kann, wenn ihm die Person des Zessionars Z weniger angenehm ist, er jedoch dem P verpflichtet sein will.

§ 6 Die Verfügung des Nichtberechtigten

I

1. § 185 spricht von einer "Verfügung", die von einem Nichtberechtigten über einen Gegenstand getroffen wird. Das BGB hat nach dem Satz Iavolens[1] "omnis definitio in iure civili periculosa est" bewußt eine Definition des Begriffs vermieden. Grundsätzlich besteht zwar über den rechtsgeschäftlichen Begriff der Verfügung im Gegensatz zur Verpflichtung Einigkeit: Verfügungen sind Rechtsgeschäfte, die auf den rechtlichen Bestand einer Sache unmittelbar einwirken, indem sie das bestehende Recht unmittelbar übertragen, inhaltlich ändern, belasten oder aufheben[2]. Diese von Rechtsprechung und Lehre entwickelte Begriffsbestimmung hilft bei der

---

1) D 5o,17,2o2
2) Lehmann, Allg.Teil S.98

Anwendung des § 185 in später zu erörternden Zusammenhängen weiter, die im folgenden diskutierten Grenzfälle können aber nur mit völlig anderen Überlegungen sachgerecht gelöst werden.

Eine Orientierung an Hand des Gesetzes schafft zunächst den Ausgangspunkt. Der Begriff Verfügung zieht sich durch sämtliche Bücher des BGB. Während das Gesetz an vielen Stellen einfach von Verfügungen spricht, findet man an anderen Stellen den Ausdruck Verfügung mit verschiedenen Zusätzen. So nennt das Gesetz Verfügungen, die im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter erfolgen[1]. Ferner werden gerichtliche Verfügungen[2] erwähnt, einstweilige Verfügungen[3], Verfügungen der Staatsgewalt[4] und endlich Verfügungen von Todes wegen und letztwillige Verfügungen[5].

Man ist sich schon lange einig, daß beispielsweise letztwillige Verfügungen, obwohl sie Rechtsgeschäfte sind, von dem Zweckgedanken des § 185 nicht erfaßt werden dürfen. Durch ein Testament wird dem künftigen Erben weder ein Anspruch noch eine Anwartschaft, sondern lediglich eine "Hoffnung" zugewendet (mors certa, sed h o r a i n c e r t a). Die Rechtsposition des künftigen testamentarischen Erben ist unwägbar, sodaß das Konvaleszenzprinzip nicht zur Anwendung kommen darf[6].

2. Betrachtet man die Bestimmungen, in denen das Wort Verfügung ohne einen der oben genannten Zusätze erscheint, so muß man schließen, daß in diesen Fällen das Gesetz mit dem einfachen Ausdruck "Verfügung" ausschließlich rechtsgeschäftliche Verfügungen meint. Dies ist in vielen Fällen sogar deutlich ausgespro-

---

1) §§ 135, 161,184,353,499,883,2115
2) §§ 186,1875
3) §§ 489,885,899,1716,1990,2016
4) § 1723
5) §§ 332,1598,1937,1944,1948 etc; 1509,2044 etc
6) zu demselben Ergebnis kommt auch RG 111,250 mit anderer Begründung

chen. So stellt das Gesetz z.B. in § 135 I 2 (vgl. §§ 161,184,353) ausdrücklich das rechtsgeschäftliche Verfügen einer Verfügung im Wege der Zwangsvollstrekkung oder der Arrestvollziehung gleich. Es liegt daher nahe, für den Fall des § 185 mit dem klassischen argumentum e contrario zu schließen: Da eine ausdrückliche Gleichstellung wie in § 135 I im § 185 nicht erfolgt ist, scheiden in dieser Vorschrift die sogenannten Zwangsverfügungen aus.

3. Mit ähnlichen Schwierigkeiten hat die Auslegung des § 816 zu kämpfen. Auch hier ist zweifelhaft, ob die "Verfügung" i.S. des § 816 I auch eine Zwangsverfügung sein kann. Bei der Auslegung dieser Norm hat jedoch eine Reihe von Schriftstellern keine Bedenken, die Vorschrift auch bei der Versteigerung schuldnerfremder Sachen anzuwenden. Sie berufen sich gerade auf den Satz in den oben zitierten Normen (§ 135 etc), um auch im Falle des § 816 zu einer Gleichstellung zu gelangen[1]. Diese Auffassung hat ihre guten Gründe: Ähnlich wie im Fall des § 185 könnte man auch bei § 816 I an den erwähnten Umkehrschluß denken und zu einer Beschränkung des Verfügungsbegriffs kommen. Doch einem argumentum e contrario stehen bei der Auslegung des § 816 schon nach den Gesetzesmaterialien Bedenken entgegen[2]. Diese Erwägungen bei der Interpretation des § 816 bestätigen letztlich nur die Erkenntnis, daß nicht die Anwendung klassischer Auslegungsregeln zur Lösung der angeschnittenen Frage, sondern allein teleologisch-wertungsjuristische Gesetzesinterpretation zu sachgerechter Abgrenzung des Anwendungsbereiches des § 185 führen kann[3].

---

1) Palandt-Gramm § 816 Anm.2 d; Emmerich, Pfandrechtskonkurrenzen (1909) S.447 ff; anderer Ansicht Enneccerus-Lehmann § 225 S.873
2) vgl. im einzelnen Freund, Eingriff in fremde Rechte (1902) S.36
3) vgl.in diesem Zusammenhang die andersartigen Argumentationen in der Dissertation von Simmon S.31

II

1. Wendet man sich der noch umstrittenen Frage zu, ob Zwangsverfügungen vom Zweckgedanken des § 185 erfaßt werden können, sind in der Hauptsache zwei Meinungsgruppen zu unterscheiden.

Die Anhänger der Auffassung, daß die Grundlage der Entstehung des Pfändungspfandrechts (§ 8o4 ZPO) der hoheitliche Pfändungsakt, die öffentlich-rechtliche Verstrickung sei, dürfen folgerichtig überhaupt nicht zu dem Problem der Heilung eines unwirksamen Pfandrechts kommen. Nach ihrer Meinung entsteht ein Pfändungspfandrecht auch an Sachen, die nicht zum Vermögen des Schuldners gehören[1]. Sie benutzen in der Tat auch den Umstand, daß durch ihre "öffentlich-rechtliche Theorie" über die Rechtsnatur des Pfändungspfandrechts das schwierige Konvaleszenzproblem ipso iure aus der Welt geschaffen ist, als anscheinend wirksame Waffe im Kampf gegen die sogenannte "privatrechtliche Theorie"[2].

Die Anhänger der extremen Gegenmeinung kommen ebenso konsequent zu der Auffassung, daß der entsprechenden Anwendbarkeit des § 185 keine Bedenken entgegenstehen[3]. Die Vertreter dieser Auffassung legen Gewicht auf die Feststellung, daß das Pfändungspfandrecht als weiterer Typ zu dem Vertragspfandrecht und den gesetzlichen Pfandrechten des bürgerlichen Rechts tritt, sodaß also auch dessen Voraussetzungen gegeben sein müssen. Gehört die gepfändete Sache zum Vermögen des Schuldners, so kann auf der materiell-rechtlichen Grundlage das Pfandrecht "akzessorisch" entstehen. Folgerichtig kommt die reine privatrechtliche Theorie zu einer uneingeschränkten Anwendung des Rechtsgedankens aus § 185.

2. Angesichts dieser auseinandergehenden Lösungsversuche muß man sich darüber im klaren sein, daß es un-

---

1) Stein-Jonas-Schönke II § 8o4 Anm.II 2 mit Nachw.; Wieszorek § 8o4 B III b; Baumbach-Lauterbach § 8o3 Anm.3 B

Forts.d.Anm.s.S.71

zulässige Begriffsjurisprudenz wäre, wollte man aus einer Theorie die Lösung von im Gesetz nicht geklärten Zweifelsfragen ableiten. Es kann sich letztlich nur darum handeln, die dogmatischen Besonderheiten der Entstehung des Pfändungspfandrechts aufzuzeigen und eine Entscheidung aus der Wertung der Interessenlagen zu finden.

Das Reichsgericht hat in einer grundlegenden Entscheidung vom 31.1.1905 zu diesen Fragen Stellung genommen[1]. Deutlich erkennbar ist in diesem Urteil das Bestreben des Gerichts, sich gerade nicht festzulegen, doch hat die Lehre unverständlicherweise gefolgert, das RG habe die Anwendung des § 185 auf den Erwerb eines Pfändungspfandrechts abgelehnt[2]. Das RG spricht aber lediglich deutlich aus, daß eine d.i.r.e.k.t.e A.n.w.e.n.d.u.n.g des § 185 auszuschließen sei, weil nach dem anscheinend sichtbaren Willen des Gesetzgebers in dieser Vorschrift ausschließlich rechtsgeschäftliche Verfügungen gemeint seien (argumentum e contrario). Im übrigen sagt das RG: "Dennoch muß die Annahme als geboten erscheinen, daß ein Pfändungspfandrecht, welches sich auf eine bei Vornahme der Pfändung dem Schuldner nicht gehörige Sache bezieht, für den Fall, daß dieses Hindernis während Bestehens der Pfändung wegfällt, mit dem Zeitpunkt dieses Wegfalls wirksam wird. Eine gegenteilige, die Konvaleszenzmöglichkeit mit der hervorgehobenen beschränkten Wirkung ausschließende Auffassung würde allgemeinen

---

Forts.d.Anm.v.S.70
2) Stein-Jonas-Schönke aaO
3) Martin Wolff, Zwangsvollstreckung in eine dem Schuldner nicht gehörige Sache aaO S.66
1) RG 60,70 ff (72,73)
2) Staudinger-Coing § 185 Randn.6; Planck-Flad § 185 Anm.2 b; Oertmann § 185 Anm.2 b; Sydow-Busch ZPO § 804 Anm.1; Förster-Kann § 804 Anm.3 b; Seuffert-Walsmann § 804 Anm.2 b; Wieszorek aaO; mit Recht hiergegen Enneccerus-Nipperdey § 204 Anm.63 auf S.1246; ferner Soergel-Schultze-v.Lasaulx § 185 A.2

Rechtsanschauungen, sowie ... dem Satz widersprechen, daß das Pfändungspfandrecht inbetreff seiner Voraussetzungen den für alle Pfandrechte geltenden Vorschriften unterliegt .. Ob von diesem Standpunkt aus auch anzunehmen ist, daß die gleichzeitige oder nachträgliche Genehmigung der an einer dem Schuldner nicht gehörigen Sache vorgenommenen Pfändung durch den Eigentümer das Wirksamwerden des Pfandrechts hervorruft, kann dahingestellt bleiben. Es hat .. die Vorinstanz zwar eine solche Genehmigung mit Rücksicht auf .. Verhandlungen als vorliegend angenommen. Jedoch kann die erforderliche bedingungslose Genehmigung .." aus dem Sachverhalt nicht entnommen werden. "Jedenfalls tritt nun die Konvaleszenz mit dem Zeitpunkt ein, in welchem der Schuldner das Eigentum an der fraglichen Sache erwirbt. Speziell gilt dies dann, wenn beim Eigentumsvorbehalt die erforderliche Bedingung eintritt".

Es erhellt, daß das RG das Konvaleszenzproblem nach § 185 I,II Fall 1 offengelassen hat, während es die Heilung gemäß Absatz II Fall 2 bejaht.

3. Das Gesetz sagt zu dem Fragenkomplex nur soviel, daß der Gerichtsvollzieher gemäß § 808 I ZPO alle im Gewahrsam des Schuldners befindlichen Gegenstände pfänden kann, und der Gläubiger durch die Pfändung ein Pfändungspfandrecht erwirbt (§804 I ZPO). Daraus folgt, daß es nicht Zulässigkeitsvoraussetzung für die Pfändung ist, daß der Schuldner Eigentümer der Sache ist, oder daß der Eigentümer der Pfändung zustimmt. Bewußt stellt das Gesetz in § 808 ZPO ausschließlich auf den Rechtsschein ab und läßt die öffentlich-rechtliche Verstrickung ohne Rücksicht auf die materielle Rechtslage entstehen. Es sind vornehmlich Rechtssicherheitserwägungen, die zu der grundsätzlichen Annahme einer wirksamen Pfändung führen, wenn die Voraussetzungen des § 808 I ZPO gegeben sind. Jeder Erwerber einer versteigerten Sache soll sich darauf verlassen können, daß die zugeschlagene Sache auf jeden Fall wirksam durch

Pfändung öffentlich-rechtlich verstrickt war und infolgedessen auch die Übereignung der Pfandsache bei der Versteigerung als Staatshoheitsakt rechtmäßig ist[1].

Wird insoweit also deutlich Rechtssicherheitserwägungen durch das Gesetz Raum gegeben, so überspitzt die reine öffentlich-rechtliche Theorie diesen Gedanken, indem sie nicht nur die Pfändung, sondern auch das Pfandrecht als ein rein öffentliches Recht ansieht, das ohne weiteres durch eine wirksame Beschlagnahme entsteht[2]. Der staatliche Vollstreckungszugriff wird durch diese Theorie überbewertet, denn es ist unerfindlich, wie ein Staatshoheitsakt dem pfändenden Gläubiger auch ein materielles Pfandrecht verschaffen kann, wenn die gepfändete Sache nicht dem Schuldner, sondern einem Dritten gehört.

Jedoch bestehen auch unter den Gegnern der extremen öffentlich-rechtlichen Theorie nicht einheitliche Meinungen darüber, worauf bei der Heilung eines Pfändungspfandrechts abzustellen ist. Aus den §§ 808 I, 804 Absatz I ZPO ist nicht zu entnehmen, daß das Pfändungspfandrecht nur entstehen kann, wenn der Schuldner Eigentümer der Pfandstücke ist. Will die privatrechtliche Theorie ein Pfandrecht entsprechend §§ 1204 ff,1273 ff nur dann entstehen lassen, wenn eine materielle Grundlage vorhanden ist, so ergibt sich daraus nicht, daß diese Grundlage ausschließlich die Zugehörigkeit der Sache zum Eigentum des Schuldners sein muß. Die materielle Grundlage ist vielmehr weiter zu fassen: Das Pfandrecht muß einmal dann entstehen, wenn die Pfändung im Bereich des Rechtszuständigen erfolgt oder aber mit Zustimmung des materiell Stimmberechtigten bewirkt wird.

4. Demgegenüber wird auf die naheliegende Analogie zu § 17 I ZVG verwiesen[3]. Dort ist bestimmt, daß die

---

1) so grundlegend RG 156,395
2) Schönke-Baur Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht § 25 III S.99
3) v.Tuhr Allg.Teil II 1 S.264

Zwangsversteigerung nur angeordnet werden darf, wenn der Schuldner als Eigentümer im Grundbuch eingetragen ist. v.Tuhr folgert aus dieser Vorschrift, daß eine Versteigerung eines Grundstücks, als dessen Eigentümer der Schuldner nicht eingetragen ist, nicht durch Zustimmung wirksam werden könne. Gleiche Grundsätze müßten auch bei der Versteigerung schuldnerfremder beweglicher Sachen gelten. § 17 ZVG ist jedoch nur die Parallelvorschrift zu § 8o8 ZPO: Hier ist der Rechtsschein die Eintragung im Grundbuch, dort ist es der Gewahrsam des Schuldners[1]. Dementsprechend verbietet § 17 ZVG die Beschlagnahme von Grundstücken, die dem Schuldner zwar gehören, als deren Eigentümer er aber nicht im Grundbuch eingetragen ist. Die Beschlagnahme solcher Grundstücke darf deshalb auch dann nicht erfolgen, wenn sich der eingetragene Dritte mit der Versteigerung einverstanden erklärt[2]. § 17 ZVG regelt also nur die Frage, ob eine Beschlagnahme als Staatshoheitsakt überhaupt erfolgen darf und besagt bezüglich der Entstehung eines materiellen Pfandrechts nichts. Die Ablehnung der Konvaleszenz eines Pfändungspfandrechts aus der Analogie zu § 17 ZVG ist mit dem Sinn der Vorschrift nicht zu vereinbaren.

5. Bedenklich ist auch die Auffassung Schwinges[3]. Nach seiner Ansicht läßt sich auf die Frage, ob § 185 auf die Heilung eines Pfändungspfandrechts zu übertragen sei, keine einheitliche Antwort geben. So könne die Einwilligung des Eigentümers den Mangel des Eigentums des Schuldners nicht ersetzen. Die Pfändung sei ein Staatshoheitsakt, auf den der Gläubiger oder ein Dritter unmittelbar keine Möglichkeit der Einflußnahme habe. Daran ändere auch nichts, daß dieser staatliche Akt neben der öffentlich-rechtlichen noch eine privat-

---

1) so richtig Gettler ZZP 58,227
2) Anders § 8o9 ZPO, der die Pfändung von nicht im Gewahrsam des Schuldners befindlichen Sachen gestattet, wenn der Dritte die Herausgabe gestattet.
3) Schwinge, Der fehlerhafte Staatsakt 193o S.92 ff

rechtliche Wirkung habe, weil die Wirkung, die ein Vorgang äußere, von dem Vorgang selbst wohl zu unterscheiden sei. Der rechtliche Charakter der Pfändung dürfe nicht durch die privatrechtliche Willenserklärung eines unmittelbar am Verfahren nicht Beteiligten beeinflußt werden, weil das Pfändungspfandrecht Ausfluß eines Staatshoheitsaktes und deshalb der privatrechtlichen Initiative entrückt sei. Bemerkenswerterweise fährt Schwinge aber fort:"Anders verhält es sich mit dem nachträglichen Wirksamwerden des Pfandrechts". Habe sich der Staatsakt Pfändung erst einmal seiner privatrechtlichen Wirkungen entäußert, sodaß er "sein eigenes Leben" führen könne, dann bestünden gegen die bestimmende Einflußnahme durch einen privatrechtlichen Akt keine Bedenken mehr.

Schwinges Bedenken gegen eine Anwendung des § 185 I dürften aber zu weit gehen. Heute bezweifeln weder Rechtsprechung noch der überwiegende Teil der Lehre[1], daß die Pfändung schuldnerfremder Sachen regelmäßig die öffentlich-rechtliche Verstrickung herbeiführen kann. Insofern ist die von Schwinge mit Recht angestrebte Sicherheit, die der Staatshoheitsakt gewähren muß, durch die sogenannte "gemischt privat-öffentlich-rechtliche Pfändungstheorie" auch erreicht. Schwinges Überlegungen sind allerdings berechtigt, als es um die Pfändung schuldnerfremder F o r d e r u n g e n geht[2]. In diesem Fall ist heute noch umstritten, ob eine Verstrickung entstehen kann. Die befürwortende Ansicht des Bayrischen Oberlandesgerichts wird von Merz mit beachtlichen Argumenten angegriffen[3]. Nur in Sonderfällen könne eine "Heilung" der Verstrickung bei Forderungspfändungen angenommen werden. Folgt man dieser berechtigten Kritik, so wäre allerdings die Wirksamkeit des Staatshoheitsaktes "Pfändung" von der

---

1) Nachweise bei Schönke-Baur aaO
2) Schwinge aaO nimmt zu der Frage nicht Stellung, da er sich mit dem Problem der Mobiliarvollstreckung befaßt.
3) OLG München NJW 54,1124; Merz NJW 55,347

Zustimmung des Forderungsinhabers gemäß § 185 abhängig und die entstehende Rechtsunsicherheit würde in der Tat zu bedenklichen Konsequenzen führen. Aber Schwinges Meinung ist insoweit abzulehnen, als sie inkonsequent nur eine Heilung nach § 185 Absatz I für unmöglich hält.

Bei der Pfändung einer dem Schuldner nicht zustehenden Forderung ist § 185 überhaupt unanwendbar.

6. Wurde die Konvaleszenz einer "mangelhaften" Verstrickung im Fall der Pfändung schuldnerfremder Forderungen aus Rechtssicherheitserwägungen grundsätzlich abgelehnt, so ist nun auf die Kernfrage zurückzukommen und zu prüfen, welche Heilungsmöglichkeiten es für die privatrechtliche Nebenwirkung, das Pfändungspfandrecht gibt. Wie angedeutet, vermag das positive Recht aus sich selbst heraus das Problem nicht zu lösen. Deshalb muß auf außergesetzliche Maßstäbe zurückgegriffen werden. Bezeichnet man die Verstrickung als öffentlich-rechtliche Hauptwirkung der Pfändung, die gerade um ihrer Publizitätsfunktion willen nur in Ausnahmefällen nichtig sein darf, so ist aus der privatrechtlichen Natur des Pfändungspfandrechts schon zu folgern, daß hier andere Unwirksamkeitsgrundsätze gelten müssen.

Das Pfändungspfandrecht verdankt seine Entstehung einer positiven Regelung in § 804 ZPO, die ausschließlich mit Rücksicht auf die privaten Interessen des pfändenden Gläubigers eingreift[1]. Öffentliche Grundsätze, insbesondere der Vertrauensschutz Dritter verdienen bei der Entstehung des Pfändungspfandrechts

---

1) Für die Rechtsfindung liegt der entscheidende Unterschied zu dem oben (S.46 ff) behandelten Problem der Konvaleszenz gesetzlicher Pfandrechte darin, daß das positive Recht keinerlei Hinweise gibt, welche materiellen Voraussetzungen die Entstehung des Pfändungspfandrechts hat. Beim Problem der Konvaleszenz gesetzlicher Pfandrechte war über den Wortlaut des § 647 nicht hinwegzukommen.

keine Beachtung, denn das Interesse des Staates erschöpft sich an dem Pfändungsobjekt, sowie durch die hoheitliche Verstrickung die Verfügungsbefugnis über die Sache hergestellt ist. Ist aber das Pfändungspfandrecht eine ausschließlich im Interesse des Gläubigers vorgesehene Pfändungswirkung, so sollten auch die materiell-rechtlichen Grundsätze des § 185 eingreifen, wenn auch das Pfändungspfandrecht nicht durch Rechtsgeschäfte, sondern kraft Gesetzes entsteht. Es ist nur konsequent, wenn die Vertreter der erwähnten "gemischt privat-öffentlichrechtlichen Pfändungstheorie" zur entsprechenden Anwendung des § 185 kommen und die Konvaleszenz des Pfandrechts annehmen, sobald das materielle Hindernis für die Entstehung des Pfändungspfandrechts nachträglich fortfällt, insbesondere dann, wenn der Eigentümer der gepfändeten Sache seine Zustimmung erteilt oder die Voraussetzungen des § 185 II Fälle 2 und 3 vorliegen. Gegen eine analoge Anwendung des gesamten § 185 bestehen keine Bedenken.

Die Frage der Rückwirkung der Konvaleszenz spielt dann keine Rolle, wenn das Objekt mehrfach gepfändet worden ist und der Eigentümer eine bestimmte Pfändung wirksam machen will und dieser dann zustimmt. Erteilt der Eigentümer der Vollstreckung in den Gegenstand generell seine Zustimmung, so werden alle Pfändungen - falls mehrere hintereinander vorgenommen worden sind - ex tunc in der ursprünglichen Reihenfolge wirksam und es entscheidet der Rang der einzelnen Pfändungen[1]. Ebenso sollte es sein, wenn mehrfach gepfändet worden ist und Konvaleszenz nach § 185 Absatz II Fälle 2 und 3 eintritt. Da mehrere aufeinanderfolgende Pfändungen keine Verfügungen sind, die miteinander nicht in Einklang zu bringen sind - § 185 II S.2 - sollten auch in diesem Fall die Pfändungen in der ursprünglichen Reihen-

1) abweichend Schwinge, Der fehlerhafte Staatsakt S.92 ff; vgl.auch Gettler ZZP 58,227 mit ähnlichen Vorschlägen.

folge wirksam werden, obwohl in den beiden letzten Fällen des § 185 II die Konvaleszenz an sich nur ex nunc eintritt.

§ 7 Die Verfügung im eigenen Namen nach § 185 in ihrem Verhältnis zum Rechtsgeschäft in fremdem Namen nach § 164

I

1. Für die Anwendbarkeit des § 185 ist erforderlich, daß es sich um Verfügungen im eigenen Namen handelt. Der Begriff des Handelns im eigenen Namen scheint unproblematisch zu sein. Man lehrt: Im eigenen Namen handelt, wer weder durch seine Erklärung noch durch sein den Sinn der Erklärung beeinflussendes Verhalten zu erkennen gibt, daß er für einen anderen als für sich selbst handeln will. Diese Begriffsbestimmung folgt aus § 164, der klarstellt, wann ein Handeln in fremdem Namen vorliegt.

Im folgenden geht es um die Frage, ob ein Nichtberechtigter nach Einwilligung oder nach Genehmigung des Berechtigten für oder gegen diesen unmittelbar obligatorische Rechte durch einen Vertrag im eigenen Namen mit einem Dritten begründen kann. Dies Problem scheint bereits von Rechtsprechung und Lehre abschließend entschieden worden zu sein. Zwar handelt es sich bei der sogenannten Verpflichtungsermächtigung, der Ermächtigung, durch ein im eigenen Namen vorgenommenes Rechtsgeschäft den Ermächtigenden allein oder neben dem Handelnden zu verpflichten, um eine Erscheinung, die beispielsweise im Institut der Anweisung (§ 783) zweifellos anerkannt ist. Dagegen ist die allgemeine Anerkennung einer Verpflichtungsermächtigung in Analogie zu § 185 von der herrschenden Lehre abgelehnt worden[1].

---

1) Enneccerus-Nipperdey Allg.Teil § 2o4 I 3 b S.1236 mit Nachweisen

Einmal sind es begriffliche Argumente, die gegen die Verpflichtungsermächtigung ins Feld geführt werden: § 185 komme nicht zur Anwendung, weil die Verpflichtung der Verfügung nicht gleichgestellt werden könne[1]. Die Verfügung sei im Gegensatz zur Verpflichtung ein Rechtsgeschäft, das auf den Bestand eines Rechts unmittelbar einwirke, sei es, daß ein bestehendes Recht unmittelbar übertragen, inhaltlich geändert, belastet oder aufgehoben wird[2]. Sinnvoller ist die Begründung, die grundsätzliche Anerkennung der Verpflichtungsermächtigung widerspreche dem Offenheitsgrundsatz[3]. Man muß in der Tat beim Abschluß obligatorischer Geschäfte wissen, mit wem man in vertragliche Beziehungen tritt. Der Bundesgerichtshof weist endlich darauf hin, daß ein praktisches Bedürfnis für die allgemeine Einführung des Rechtsinstituts der Verpflichtungsermächtigung zur Zeit nicht besteht. Nur im Hinblick auf § 2 II des Tarifvertragsgesetzes und des § 81 IV des Zwangsversteigerungsgesetzes komme sie als Sonderfall kraft Gesetzes zur Anwendung[4].

2. Prüfstein für die Richtigkeit der von der h.L. entwickelten Auffassung ist eine praktisch wichtige, in der neueren Literatur aber immer noch unbefriedigend gelöste Frage. Es handelt sich um die entsprechende Anwendung des § 185 bei Vermietungen oder Verpachtungen durch den Nichteigentümer. Rechtsprechung und Lehre haben sich von älteren Versuchen, Miete und Pacht generell den dinglichen Rechten gleichzustellen, einstimmig abgewandt. Zwar enthält § 571 die bedeutungsvolle Durchbrechung einesallgemeinen schuldrechtlichen Grundsatzes und stellt einen wich-

---

1) so BGH LM Nr.6 zu § 185; anderer Ansicht Bettermann JZ 51,321
2) Lehmann Allg.Teil § 15 II 1 S.98
3) so Enneccerus-Nipperdey aaO
4) im einzelnen Bettermann JZ 51,321; § 2 II TVG spricht von der Verpflichtung der Mitgliedsverbände durch Spitzenorganisationen

tigen Schritt zur Verdinglichung der Miete und Pacht dar[1]. Doch werden beide Rechtsverhältnisse vom BGB als bloße Schuldverhältnisse aufgefaßt, die damit Rechte und Pflichten grundsätzlich nur zwischen den Vertragsparteien erzeugen können.

Vor jeder ins einzelne gehenden Erörterung soll auf ein Argument, das im Anschluß an v.Tuhr durch Coing vertreten wird, hingewiesen werden[2]. Es handelt sich um die verwandte Frage, wieweit die Schutzwirkungen des § 883 auch auf Miete und Pacht auszudehnen sind. Zwar ist auch im Sinne von § 883 II die Vermietung keine Verfügung im technischen Sinn. Aber da das Gesetz den vorgemerkten Gläubiger gegen Verfügungen schützt, so sollte er umso mehr gegen obligatorische Geschäfte geschützt sein, die zu einer Vorenthaltung des Besitzes führen können. v.Tuhr ist der Auffassung, aus dieser Behandlung von Miete und Pacht im Bereich des § 883 ließen sich Folgerungen auf die entsprechende Anwendung des § 185 ziehen. Es ist jedoch verfehlt, aus dieser teleologischen Deutung des § 883 II für die vorliegende Problematik den Schluß zu ziehen, ebenso müsse § 185 analog auch auf Vermietung und Verpachtung einer fremden Sache mit Zustimmung des Eigentümers angewendet werden. Es mag dahingestellt bleiben, ob man mit Raape den § 185 zu einer "begriffsbestimmenden" Regel erheben kann, den § 883 dagegen zu einer Norm, die den Begriff voraussetzt. In den vorhergehenden Erörterungen ist jedenfalls deutlich geworden, daß der Gesetzgeber die Tragweite der Konvaleszenz nach § 185 in vielen Sachzusammenhängen nicht in vollem Umfang richtig erkannt hat.

Eine Rechtsfortbildung kann nur erreicht werden, indem bei jedem konkreten Einzelproblem durch rechtliche Wertungen geprüft wird, ob eine aus-

---

1) Nachweise bei Larenz, Schuldrecht II S.121 Anm.2; vgl.auch Palandt-Gramm § 571 Anm.1; Heck, Schuldrecht S.314

2) v.Tuhr Allg.Teil II 1 S.254 Anm.115; Staudinger-Coing § 185 Randn.11

weitende Anwendung des Konvaleszenzprinzips zulässig ist.

Somit ist es irreführend, wollte man aus jener umstrittenen Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 3.3.1954 schließen, weil Vermietungen nicht von den Sicherungswirkungen des § 883 II erfaßt werden, dürfe auch bei der Vermietung durch den Nichteigentümer eine Heilung nach § 185 nicht eintreten, weil der Begriff der Verfügung eben nicht ausdehnungsfähig ist[1].

II

1. Die notwendigen tiefergehenden theoretischen Erörterungen könnten zu Unklarheiten führen, daher soll die Grundlage der folgenden Untersuchung ein Fall sein, der einer bekannten Entscheidung des Reichsgerichts vom 25.9.1912 nachgebildet ist[2].

Der Bruder (H) eines im Ausland weilenden Hauseigentümers (E) vermietet dessen Haus für längere Zeit (fünf Jahre) an den Mieter (M).
Er vermietet das Haus im eigenen Namen.
Im ersten Fall wußte der im Ausland lebende E um den Vertrag bereits vor dem Abschluß. Er hatte ihm von vornherein zugestimmt und H hat auch den Willen, seinen Bruder zu verpflichten.
Im Alternativfall weiß E nichts von dem Vertragsschluß. Als er nach einjähriger Abwesenheit wieder heimkehrt, findet er gegen den eigenmächtigen Vertragsschluß des Bruders nichts einzuwenden und stimmt gegenüber H formlos zu.

---

1) BGH 13,1=NJW 54,1236
Die Vorwürfe Reinickes gegen die überwiegend begriffsjuristische Argumentation des BGH mögen daher im Hinblick auf die analoge Anwendung des § 883 II bei Miete und Pacht berechtigt sein, Rückschlüsse auf die analoge Anwendung des § 185 bei diesen Schuldverhältnissen sind jedoch aus seinen Überlegungen nicht zu ziehen.

2) RG 80,395

Nach einem weiteren Jahr veräußert E sein Haus mit dem dazugehörigen Grundstück an den Käufer K.

Im ersten Fall handelt es sich um die Frage der Verpflichtungsermächtigung, in der Alternative um das Problem des (genehmigten) Vertrages zu Lasten eines Dritten. Beide Fälle werden im folgenden unter den Begriff der Verpflichtungsermächtigung gefaßt[1].

Die Kerngedanken der Entscheidung des Reichsgerichts, das sich mit dem ersten Fall zu befassen hatte, fußten auf folgenden Überlegungen.

Der H habe den Mietvertrag im eigenen Namen geschlossen, sei also mittelbarer Stellvertreter gewesen. Der Mietvertrag sei ein verpflichtender Vertrag, keine Verfügung. Die Wirkungen dieses Vertrages treten daher grundsätzlich in der Person des H ein und nicht in der des mittelbar von ihm vertretenen E.

Hier sei aber ein A u s n a h m e f a l l gegeben, der über den "Normalfall der sogenannten mittelbaren Vertretung" hinausgehe[2]. Der Mieter sollte ein unmittelbares Mietrecht an den im Eigentum des E stehenden Mieträumen haben, also ein von dem Eigentümer "ohne weiteres zu tragendes und auszuhaltendes Mietrecht erwerben". Diesem unmittelbaren Erwerb des Mietrechts durch den Mieter habe der E zugestimmt, an diese Zustimmung sei er gebunden. Hierdurch habe der Mietvertrag gegen den E materiell dieselbe Rechtswirkung erlangt, als wenn er von dem E selbst, z.B. als vertretungsberechtigten Vertreter auf seinen

---

1) Die Terminologie Bettermanns (JZ 51,321) wird übernommen. Bettermann hält zutreffend im Hinblick auf den Sinn und Zweck des § 333 (Zurückweisungsrecht des Dritten beim Vertrag zugunsten eines Dritten) den Vertrag zu Lasten eines Dritten nur in der Form der Verpflichtungsermächtigung für zulässig.

2) RG 8o,398

> Namen abgeschlossen wäre. Der E sei durch seine Zustimmung nicht etwa nur kraft Treu und Glauben verpflichtet, dem M den Gebrauch der Mietsache zu überlassen, sondern "es schlagen unmittelbar die positiven Bestimmungen der §§ 182,183,184 ein". Es könne dahingestellt bleiben, ob E durch Zustimmung vielleicht selbst Mietvertragspartei geworden sei, oder "ob der Vertrag ein zwischen" dem E und H "bestehender bleibt". Jedenfalls laste der Vertrag "materiell" auf dem E. "Hierin tritt die Tragweite der Zustimmung (§ 182) und die nahe Verwandtschaft zwischen Einwilligung und Vollmachterteilung in die Erscheinung"[1].

Im Grunde will das RG dies sagen: Die Einwilligung sei zwar keine Bevollmächtigung, weil sie jemandem grundsätzlich das Recht zum Handeln im eigenen Namen innerhalb des eigenen Rechtsbereiches erteile. Das Reichsgericht erkennt wohl den grundlegenden Unterschied zwischen mittelbarer und unmittelbarer Stellvertretung an. Aber es zeigt sich nach der Auffassung des RG, daß eine rein begriffliche Unterscheidung zwischen Zustimmung i.S. des § 182 und der Bevollmächtigung nach § 167,177 zu keiner sachgerechten Lösung führt. Da für Einwilligung und Bevollmächtigung aber in gewissem Umfange analoge Grundsätze gelten, müssen diese hier zum Zuge kommen.

Damit ist das Kernproblem erfaßt: Es muß geklärt werden, in welchen Fällen obligatorische Beziehungen, die jemand im eigenen Namen einem Dritten gegenüber begründet hat, durch Einwilligung oder Genehmigung überspringen können.

> Mit anderen Worten bedarf es einer Abgrenzung, in welchen Fällen die Rechtsfolgen des § 185 an die Wirkungen der §§ 164,167,177 angenähert werden dürfen.

3. Die bedeutsamsten Anhaltspunkte in der Literatur

---

1) RG 8o,399

seien zur Orientierung vorangestellt.

a) In der älteren Lehre schneidet Siber[1] wohl als erster die Frage an, weicht ihr aber aus. Das Wirksamwerden des Vertragsinhalts könne "zum mindesten nicht mit dem RG unmittelbar aus den §§ 182-184 entnommen werden, die nichts darüber ergeben, wann es einer Zustimmung bedarf und welches ihre Wirkung ist". Zur Frage, ob eine Verpflichtungsermächtigung zulässig ist, nimmt Siber noch nicht eindeutig Stellung.

b) Kuhn schließt sich noch heute der erwähnten Entscheidung des RG an und enthält sich jeglicher Kritik[2].

c) Coing[3] lehnt mit der h.L. wohl das Institut der Verpflichtungsermächtigung ab. Für den zur Debatte stehenden Fall müsse aber s.E. eine Ausnahme gemacht werden. Bei der besonderen Natur des Mietverhältnisses, insbesondere der damit verknüpften Besitzüberlassung, sei die erwähnte Entscheidung des RG als Analogie zu §§ 182 ff zu billigen. An anderer Stelle[4] fährt er fort: eine entsprechende Anwendung der Vollmachtsregeln auf die Zustimmung sei "in geringem Umfang" gerechtfertigt. Bemerkenswerterweise erklärt er verallgemeinernd weiter: "Insbesondere muß, wer zu einem von einem anderen geschlossenen Vertrag seine Einwilligung oder Genehmigung erteilt hat, den V e r t r a g s i n h a l t , auch wenn er selbst nicht Vertragspartei wird, doch gegen sich gelten lassen, als ob er für seinen Rechtskreis wirksam geworden wäre". Sodann führt er b e i s p i e l h a f t die erwähnte RG Entscheidung an. Im übrigen will er die dem Eigentümer gegenüber nicht wirksame Gebrauchsberechtigung des Mieters nach § 185 I,II 1 analog konvaleszieren lassen[5].

---

1) Planck-Siber Band 2, 1 S.417; Siber, Die Frage der Verfügungsgeschäfte zu fremdem Recht, Leipziger Festgabe für Sohm 1915 S.34. Er ist der Meinung, daß in RG 8o,395 alles auf Stellvertretung hindeute und das RG in einer Sachverhaltskorrektur eine "Rechtsfortbildung" vorgenommen habe.

Forts.d.Anm.s.S.85

d) Nicht soweit wie Coing geht Schultze v.Lasaulx[1]. Er will den Rechtsgedanken des § 185 I analog anwenden, wenn ein Dritter mit Einwilligung des Eigentümers eine fremde Sache (etwa ein Grundstück) im eigenen Namen verpachtet, ohne daß er damit das Institut der Verpflichtungsermächtigung allgemein anerkennt[2].

4. Es hat schließlich nicht an Versuchen gefehlt, einen gutgläubigen Erwerb des Mietrechts vom vermietenden Nichteigentümer herzuleiten, das gegenüber dem Eigentümer und dessen Rechtsnachfolgern i.S. des § 571 wirksam ist. In der älteren Literatur wird insbesondere von Cosack[3] die Miete als dingliches Recht bezeichnet und der gutgläubige Erwerb des Mietrechts vom Nichtberechtigten angenommen[4]. Mitteis[5] versuchte demgegenüber, die Miete in einen obligatorischen und einen dinglichen Teil aufzuspalten und nahm einen Erwerb vom Nichtberechtigten (§§ 185,932,892) für die von ihm als dingliche Bestandteile des Mietrechts (Gebrauchs- und Besitzrecht) bezeichneten Rechte an. Treffend wird dem gesamten Theorienstreit von Esser und Heck[6] entgegengehalten, die Miete nehme im Hin-

---

Forts.d.Anm.v.S.84:
2) RGR Komm § 182 Anm.1o
3) Staudinger-Coing Vorb.§ 164 Randn.63 § 166 Randn.13
4) Staudinger-Coing § 182 Randn.11
5) Staudinger-Coing aaO und § 185 Randn.11
1) Soergel-Schultze v.Lasaulx § 185 Randn.3
2) Bettermann (JZ 51,322 Anm.11) geht nur oberflächlich auf die Entscheidung RG 8o,395 ein, tritt jedoch im übrigen für die grundsätzliche Zulässigkeit der Verpflichtungsermächtigung ein.
3) Cosack, Lehrbuch des BGB (8.Aufl.1927) I § 135 N.8, II § 238 III 1 b (Allerdings erst nach der Überlassung der Sache wird von der Dinglichkeit gesprochen).
4) Gerade mit Rücksicht auf die §§ 571 wird aber von den Vertretern dieser Meinung das Mietrecht als ein dingliches Recht bezeichnet! Unterliegen sie bei der Lösung der Frage des Erwerbs vom Nichtberechtigten nicht einer petitio principii?
5) Leipziger Programm (19o5) S.61,77,82
6) Heck S.314; Esser S.544 Schuldrecht

blick auf die Regelung in § 571 eine Mittelstellung zwischen dinglichen und obligatorischen Verträgen an, wobei die obligatorische Behandlung stets überwiege. In § 571 handele es sich um eine gesetzliche Vertragsübernahme[1], die zum Eintritt in Rechte, Pflichten und Sicherheiten führe[2].

Von diesem Ausgangspunkt kommt die neuere Lehre im Anschluß an Oertmann zu der Auffassung, daß der Mieter gegenüber dem Eigentümer - vom possessorischen Schutz abgesehen[3] nicht geschützt wird, selbst wenn er bei Abschluß des Mietvertrages an das Eigentum des Vermieters glaubte[4].

Eine Anwendung der Gutglaubensvorschriften wird mit Recht heute abgelehnt, weil der Mieter durch die Überlassung kein dingliches Recht erwirbt. Der behandelte Problemkreis muß daher in der folgenden Untersuchung außer Acht bleiben.

III

1. Die Kernfrage ist, ob das Rechtsinstitut der Verpflichtungsermächtigung sich in diesem konkreten Grenzfall mit der Dogmatik in Einklang bringen läßt. Diese Problematik ist durch Raapes Kritik an der erwähnten Entscheidung des RG teilweise aufgedeckt worden[5]. Schon 1923 äußerte sich ein Senat[6] des RG im Anschluß

---

1) anwendbar bei Miete von Räumen § 58o; bei reg. Schiffen § 58o a; vergleiche auch § 14 Bundesjagdgesetz v.3o.3.1961 (BGBl I 3o4)
2) so h.L. Staudinger-Kiefersauer § 571 Randn.38; RGR Komm Vorb. § 535 An.6
3) eingehend dazu Esser, Schuldrecht (196o) S.542,543
4) Die neuere Lehre (Staudinger-Kiefersauer § 571 R.38 im Anschluß an Oertmann Vorbem. § 571 Anm.4 b) gewährt dem Mieter allerdings den Schutz des § 571 dann, wenn
   a) ein gutgläubiger Erwerber vom Nichteigentümer-Vermieter gemäß §§ 932,892 die Sache erwirbt oder wenn
   b) der Vermieter-Nichteigentümer mit Zustimmung (§185) des Eigentümers das Grundstück veräußert (so Planck-

Forts. d.Anm.s.S.87

an Raape zweifelnd, ob aus jener kritisierten Entscheidung generell auf die Anerkennung einer Verpflichtungsermächtigung zu schließen sei. Ein Urteil aus dem Jahre 1929[1] folgte Raapes Gedankengängen. Heute noch glaubt Nipperdey[2], Raapes Kritik hätte überzeugend zur Klärung der Problematik beigetragen.

Charakteristisch ist, daß Raape zunächst von dem grundsätzlichen systematischen Unterschied ausgeht, der zwischen Handeln im eigenen Namen und Handeln in fremdem Namen bestehe[3]. Es schlage allem Hergebrachten ins Gesicht, wenn das RG sage, daß das obligatorische Rechtsgeschäft zwar von H in eigenem Namen abgeschlossen sei, "aber doch auch in gewisser Beziehung gegen" E wirke, weil E dem Vertragsschluß zugestimmt habe. "Es ist feststehender Grundsatz, daß der indirekte Stellvertreter sämtliche Rechte und Pflichten aus dem obligatorischen Vertrag in seiner Person begründet". Raape sieht das "Dilemma" darin, daß der H in eigenem Namen vermietete, kraft positiven Rechts also auch nur er aus dem Mietvertrag verpflichtet wurde. Andererseits müsse der E an die Überlassung der Sache gebunden sein, da er zugestimmt habe. Raape weist den Weg aus dieser Problematik, indem er von einem "unantastbaren Grundsatz" ausgehend[4] in logischen Deduktionen konstruktiv[5] beweist:

> "Die Gebrauchs- und Besitzüberlassung ist ein von dem Mietvertrag als solchem zu unterscheidender

---

Forts.d.Anm.v.S.86
b) Knoke § 571 Anm.1 b)
In diesen Fällen ist also ausnahmsweise der Mieter gegen den Neueigentümer e n t s p r e c h e n d § 571 geschützt, da die Vorschrift vom Erwerb vom Vermieter, nicht aber vom E i g e n t ü m e r spricht.
5) Raape Jher Jb 71,97 ff
6) RG JW 1924,8o9
1) RG 124,28 (32)
2) Enneccerus-Nipperdey Allg.T. Anm.11 S.884 (14.Bearb.)
3) vgl. Raape aaO S.1o2; insbesondere S.121
4) vgl. Raape aaO S.1o2: Diese Bezeichnungen sind typisch für seine Methode!
5) Raape aaO S.117

Rechtsakt, und zwar im Gegensatz zu ihm eine Verfügung, für die folglich § 185 gilt".

2. Seine Überlegungen gehen dahin, daß ebenso wie die Immissionserlaubnis auch die Besitz- und Gebrauchsüberlassung kein obligatorisches Duldungsversprechen des Eigentümers gegenüber einem anderen sei. Erteile jemand eine Erlaubnis, so sei er sich bewußt, daß er sich seines Rechtes, den Fremdgebrauch verbieten zu können (§ 1004), durch die Gestattung begibt. Eine Willenserklärung, durch die jemand auf ein Recht verzichtet, sei Verfügung. Wer also eine Gebrauchserlaubnis erteile, verfüge damit, sodaß § 185 zur Anwendung komme. Er beweist an Hand des Wortlauts des § 1004 II, daß es sich bei der Gebrauchserlaubnis nicht um ein Duldungsversprechen des Eigentümers handeln kann. Der Eigentümer beseitige durch seine Gestattung ein rechtliches Hindernis für den Gebrauch der Mietsache, nämlich den ihm zustehenden Abwehranspruch. Da ihm der negatorische Anspruch nicht erst dann zustehe, wenn in sein Gebrauchsrecht eingegriffen sei, sondern bereits vor dem Angriff vorhanden sei[1], könne der E auf ihn verzichten. Dieser Verzicht bedürfe keines Vertrages, sondern sei als einseitiger Akt des Eigentümers anzusehen.

Raape versucht selbst das wichtigste Bedenken gegen seine Konstruktion aus dem Wege zu räumen. Durch den Verzicht auf den Abwehranspruch entsteht die Frage, ob eine Trennung von Recht und dinglichem Anspruch möglich ist. Raape bejaht die Möglichkeit einer solchen Trennung, sie verträgt sich nach seiner Auffassung mit der Unveränderlichkeit der Sachenrechte[2]. Mit Recht folgt er Oertmanns Standpunkt, daß die Trennung von Eigentum und Unterlassungsanspruch nicht zu einer Aushöhlung führt und damit einer Entwertung des Eigentums zu einem "nudum ius" gleichkommt. Die Rechtsordnung

---

1) Raape aaO S.117
2) Raape aaO S.120,121

habe nur deshalb den Grundsatz der Konstanz der Sachenrechte aufgestellt, um "dem Besten des künftigen, nicht des jetzigen Eigentümers" zu dienen. So kommt Raape zu dem wichtigen Ergebnis, daß die Trennung von Recht und Anspruch nur solange dauert, "als nicht ein Wechsel in der Person des Eigentümers eintritt[1]".

3. Betrachtet man das Ergebnis dieser Überlegungen, so erscheint es überzeugend sachgerecht: Raape zieht die Folgerungen aus seiner Auffassung, daß die Gebrauchsüberlassung wie auch die Besitzüberlassung eine Verfügung sei. Er stellt fest, daß § 986 I ein "Ausfluß des § 185 ist". Wer eine fremde Sache vermietet, verpflichte sich zwar wirksam, ebenso wie der Verkäufer einer fremden Sache sich wirksam verpflichte, "aber die von ihm erteilte (petitorische) Besitz- und Gebrauchsüberlassung ist grundsätzlich unwirksam, denn sie ist eine Verfügung, und diese kann wirksam nur der Eigentümer treffen". Diese Verfügung des Mieters sei oder werde jedoch wirksam, wenn der Eigentümer ihr zustimmt, je nachdem, ob dies im voraus geschieht oder nachträglich. In diesem Fall erlangt der Mieter eben durch die Erlaubnis ein Recht zum Besitz (§ 986)[2]. Raape beruft sich auf Martin Wolff, wenn er dem Mieter entgegen

---

1) Bemerkenswert ist Raapes Argumentation, mit der er hier interessenjuristisch wertend das starre Dogma von der Konstanz der Sachenrechte verwirft und den Sinn und Zweck des Grundsatzes von der Untrennbarkeit des dinglichen Rechtes von seinem Anspruch zu erforschen sucht (vgl. Stoll, Begriff und Konstruktion in der Lehre von der Interessenjurisprudenz aaO S.64,68,69). Während er seinen Ausgang von einem indiskutablen "Grundsatz" nahm und zunächst im Wege logisch formalen Vorgehens im Glauben an die Geschlossenheit des aus §§ 164 ff und § 185 gebildeten Systems deduktiv eine Lösungsmöglichkeit aufzeigte, ändert er an diesem entscheidenden Punkt seine Methode und kommt teleologisch wertend zum Schluß, daß die Konstanz der Sachenrechte unversehrte Ansprüche nur in der Hand des neuen Eigentümers fordert.

2) Raape aaO S.173

dem Wortlaut des § 986 Absatz I eine Befugnis gibt. Während Wolffs Formel lautet: "Der Besitzer kann die Herausgabe der Sache verweigern, wenn er einem Dritten gegenüber zum Besitz berechtigt oder verpflichtet ist und der Dritte dem Eigentümer gegenüber zum Besitz und zur Überlassung des Besitzes an den Besitzer berechtigt ist[1]", dehnt Raape sie noch aus: "Es kommt nicht darauf an, ob der Zwischenmann dem Eigentümer gegenüber das Recht hat, die Sache selber zu besitzen und sie weiterhin einem Dritten zu überlassen, sondern es kommt nur darauf an, ob er dem Eigentümer gegenüber befugt ist, die Sache einem anderen zu Besitz und Gebrauch zu überlassen". Im Ergebnis hat demnach der Mieter wohl ein Besitzrecht gemäß § 986 I gegenüber dem zustimmenden Eigentümer. Da der Eigentümer aber nur über den ihm persönlich zustehenden Abwehranspruch gemäß § 1oo4 verfügt hat, erlischt das Gebrauchsrecht des Mieters, wenn ein Vierter die Sache erwirbt.

A u c h d e r S c h u t z d e s § 571 k o m m t d e m M i e t e r n a c h R a a p e s A u f f a s s u n g n i c h t z u g u t e. Eine Vertragsübernahme, wie sie in dieser Vorschrift vorgesehen sei, könne nicht angenommen werden, da der Veräußerer trotz seiner Zustimmung zur Gebrauchsüberlassung gar nicht Vertragspartner geworden sei[2]. Da er nicht P a r t e i werden konnte, sei auch aus der Interessenlage eine Vertragsübernahme nicht gerechtfertigt, weil nicht der Erwerber, sondern der H als Vermieter den Gegenwert für die Vermietung des Hauses verlangen dürfe. Einer Räumungsklage des Käufers gegen den Mieter müsse also stattgegeben werden[3].

Diese Argumentation steht im Mittelpunkt der folgenden kritischen Untersuchung, daher sei sie noch einmal kurz zusammengefaßt: Der Eigentümer habe i.S. des § 185 zugestimmt und gerade nicht ein Handeln im

---

1) Wolff, Sachenrecht S.166
2) Raape aaO S.178
3) Raape aaO S.186

fremden, also in seinem Namen genehmigt (§ 177), daher könne er keine obligatorischen Rechte aus dem Mietvertrag erwerben. Hieraus folge, daß der Rechtsnachfolger keinesfalls an die ihm ungünstige Zustimmung des Eigentümers zur Gebrauchsüberlassung gebunden sei.

Das eigentliche Problem ist nun, ob der Unterschied zwischen Handeln im eigenen Namen und Handeln im fremden Namen auch in diesem konkreten Fall zu verschiedenen Ergebnissen führen muß!

4. Will man dem zur Debatte stehenden Sachzusammenhang eine neue Seite abgewinnen, so hat man sich vor allem mit Raapes Methode auseinanderzusetzen. Raape versuchte den deutlichen Mangel "theoretischer Vorarbeit"[1] auszufüllen. Die Konstruktion eines Tatbestandes als Ergänzung seiner Subsumtion ist von der Praxis seit alters her geübt worden und gehört auch heute noch zum eisernen Bestand der Rechtsanwendung. So versucht Raape in formallogischer Weise durch Einführung des Begriffs "Eingriffserlaubnis" die Subsumtion des Falles unter § 185 doch noch durchzuführen, "die konstruierte Erscheinung.."[2] subsumtionsreif zu machen". Es wäre aber bedenklich, wollte man hieraus schon schließen, daß Raape es unterlassen hätte, deshalb die Interessenlage zu erforschen, zu werten und die Lückenausfüllung also auf falschem Wege suchte. Man kann nicht mit Heck[3] das Konstruktionsverfahren vollständig verwerfen. Dieser Methode ist vielmehr, wie Stoll[4] überzeugend zeigt, eine erhebliche Bedeutung für die Rechtsfindung als "Subsumtions- und Analogiehypothese" beizumessen. Es liegt bei dieser Problematik sehr nahe, durch ein Verfahren, durch das die rechtliche Erscheinung in das Rechtssystem eingereiht und seine Eigenart aufgedeckt wird, sei-

---

1) Raape aaO S.1o2 Anm.2
2) Stoll, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz aaO S.114
3) Heck DJZ o9,1459; Stellungnahme Stolls aaO S.115
4) Stoll aaO S.112

ner Lösung näherzubringen. So argumentiert Raape treffend für seine oben[1] behandelte These, daß die §§ 164 ff und die §§ 182 ff voneinander systematisch verschieden sind.

5. Doch kann gerade dieser Ausgangspunkt, der die systematische Verschiedenheit der genannten Normengruppen voraussetzt, nicht überzeugen. Deshalb sollte Raapes Konstruktion nur etwas Vorläufiges haben. Sie muß heute durch Erforschung der typischen Interessenlage und durch Vergleich mit den Wertungen des Gesetzgebers neu überprüft werden[2].

Raape geht von dem unantastbaren Grundsatz aus, nur H sei aus dem Mietvertrag verpflichtet worden, weil er im eigenen Namen vermietete. Im Beispielsfall hatte E der Vermietung zugestimmt, wollte also, daß unmittelbare Wirkungen für und gegen ihn herbeigeführt würden. Die Einwilligung konnte aber nach Raape nichts daran ändern, daß H sich allein verpflichtete. Entspricht es jedoch der Interessenlage nicht mehr, auf den konkreten Zweck des von H getätigten Geschäfts Rücksicht zu nehmen? Raapes Ausgangspunkt ist daher nur dann als unumstößlich anzusehen, wenn sämtliche daraus folgende Konsequenzen entweder in einwandfreier teleologischer Untersuchung festgestellt worden sind oder aber der genannte Grundsatz derartig Gemeingut der Dogmatik geworden ist, daß schon "Stabilitätsinteressen" seiner Ablehnung entgegenstehen[3].

Es ist deshalb an Hand dieser Problematik zu untersuchen, wann die typische Interessenlage eine Durchbrechung des Dogmas von der systematischen Verschiedenheit des Handelns im eigenen und des Handelns im fremden Namen fordert.

---

1) oben Seite 30,31
2) Stoll aaO S.115:"Immer haben derartige Konstruktionen etwas vorläufiges, die zu konstruierende Rechtserscheinung darf nicht in bequemen Schubfächern verschwinden"(Triepel).
3) Stoll aaO S.92 zur Berechtigung des formallogischen Subsumtionsverfahrens

IV

1. Um den Ausgangspunkt zu gewinnen, soll beleuchtet werden, weshalb H sich selbst verpflichtet. Die Antwort geben die beiden Grundsätze des § 164, Offenheit oder Rechtsklarheit einerseits, Privatautonomie andererseits. Der erste interessiert zunächst. Offenheit bedeutet, daß zum Eintritt der Fremdwirkungen neben der Bevollmächtigung grundsätzlich der e r k e n n b a r e Hinweis auf den Vertretenen gehört. Diese traditionelle, bis heute im deutschen Recht herrschende Ansicht vom Wesen der Vertretung als "Handeln im fremden Namen" betont das Erklärungsmoment[1], geht aber bewußt über die Verschiedenartigkeit der "mannigfaltigen Richtigkeitsprinzipien und Interessenlagen" hinweg, die bei der Vertretung im Spiel sein können[2]. Zwangsläufig bereitet die ausschließliche Verknüpfung der unmittelbaren Stellvertretungswirkungen mit dem Offenheitsprinzip der modernen Rechtsprechung und Lehre zunehmende Schwierigkeiten[3]. Gerade in neuerer Zeit mehren sich jene Stimmen, die darauf hinweisen, daß die Regelung des BGB die Anforderungen an die Klarheit und Vollkommenheit der rechtsgeschäftlichen Erklärung überspannt. Hier will H als mittelbarer Stellvertreter Fremdwirkungen hervorrufen, Zustimmung ist ihm vom Rechtszuständigen erteilt, doch der erstrebte Erfolg kann nicht eintreten, weil er nicht als Vertreter in Erscheinung tritt.

2. Es soll nun die Interessenlage im Beispielfall betrachtet werden: Einmal kommt das Interesse des M als Geschäftsgegner in Betracht, zum anderen das des E als Eigentümer des Hausgrundstücks, ferner das des H als Handelnden und endlich das des K als

---

1) vgl.Manigk, Irrtum und Auslegung (1918) S.82; ders. Willenserklärung und Willensgeschäft (1907) S.168 ff; kritisch Müller-Freienfels, Vertr.S.20,19
2) so Müller-Freienfels aaO S.19
3) Staudinger-Coing Vorbem.§ 164 Randn.14; zur Frage Willenserklärung-Rechtsgeschäft Flume, Privataut. S.155 ff

Erwerber des Grundstücks.

M hat gegen eine bestimmte Leistung (Mietzins) von H den Gebrauch der Mietsache eingeräumt erhalten. Ihm sollte damit das Gebrauchs- und Besitzrecht ungestört für die Dauer der Mietzeit erhalten bleiben. Seinem berechtigten Interesse am Gebrauch der Mietsache steht das Recht des Eigentümers E gegenüber. Da durch die Gebrauchsüberlassung in E's Eigentum eingegriffen wird, muß es von der Entscheidung des E als Zuständigem allein abhängen, ob der Mieter M weiter im Haus wohnen darf. Mit seiner Zustimmung ist sein Interesse gewahrt.

Daneben steht das Interesse des Handelnden. Er fungierte im Beispielsfall, nachdem die Zustimmung des Eigentümers erfolgt war, als sekundär zuständiger Mittler, der als selbstverantwortliches Zuordnungssubjekt den Tatbestand setzte. Das Kernproblem zeigt sich, wenn man das Interesse des Erwerbers zu werten sucht und die Frage stellt: Zwingt die Tatsache, daß der Eigentümer seine Zustimmung zur Vermietung im eigenen Namen erteilte, auch notwendig zur Schlußfolgerung, daß er nicht Vertragspartei werden, mithin auch keine Vertragsübernahme stattfinden kann? Der Käufer sollte keinen Nutzen daraus ziehen dürfen, daß M z u f ä l l i g [1] nur auf Grund einer Zustimmung des E zu einem Rechtsgeschäft des H, das dieser im eigenen Namen tätigte, besitz- und gebrauchsberechtigt ist. Soll M etwa dadurch benachteiligt werden, daß H nicht offen für E handelte? Wenn E ein Jahr vor dem Grundstückskauf durch K der Gebrauchsüberlassung zugestimmt hatte, so erfordert die Interessenlage, daß M gegenüber dem E, insbesondere jedem dritten Erwerber (K) nach dem Sinn des § 571 dieselbe Gebrauchsberechtigung

---

1) Methodisch bietet die kritische Würdigung von BGH 34,122 ff durch Münzel (Problem des Anspruchs aus § 994 gegen den Vorbehaltsverkäufer) NJW 61,1377 eine interessante Parallele zum folgenden. Auch Münzel kritisiert zufällige Elemente, die die Entscheidung des BGH tragen!

haben muß, als wenn er mit dem E ursprünglich in direkter Stellvertretung den Vertrag geschlossen hätte[1]. Die Interessenlage weist in beiden Fällen weder für M noch für K. einen Unterschied auf.

Die Gesetzessystematik der §§ 164 ff einerseits, des § 185 andererseits belehren uns aber, daß der M allein deswegen, weil er mit dem im eigenen Namen handelnden Nichteigentümer kontrahierte, logischerweise den Schutz des § 571 weder in direkter noch in entsprechender Anwendung der Vorschrift genießen darf[2]. Wohl ist der Wille des Mieters zu berücksichtigen, der dahin ging, von einem ihm bekannten Vertragspartner die Sache zu mieten. An der Person des Partners hatte er Interesse, denn der Vermieter mußte ihm die Mietsache nicht nur übergeben und ihm die rechtliche und tatsächliche Möglichkeit des Gebrauchs verschaffen, sondern ihm eventuell auch für Rechts- und Sachmängel einstehen, die den Gebrauch der Sache hinderten (§§ 535 S.1;536,537,538)[3]. War die Sache aber dem Mieter überlassen, so war damit ein Teil des Mietvertrages i.S. des § 362 I erfüllt. Die weitere Pflicht des Vermieters bestand neben der Überlassung des Gebrauchs in der Erhaltung im gebrauchsfähigen Zustand (§ 536). Nach der Überlassung zeigt sich nun die typische "Mittelstellung"[4] der Miete zwischen obligatorischen und dinglichen Verträgen. Sie

---

1) Richtig weist der BGH (13,1,3) darauf hin, daß jemand den Grundbuchinhalt nicht einzusehen pflegt, wenn er ein Grundstück zu mieten beabsichtigt. Zweifelhaft ist deshalb, ob man - wie Raape aaO S.179 meint - den M deshalb benachteiligen darf, weil er mit dem im eigenen Namen handelnden H kontrahierte!
2) vgl. Heck, Schuldrecht S.313, der dem Mieter jedenfalls beschränkten Schutz gewähren will!
3) dazu kommen noch die Pflichten des Vermieters aus §§ 546,547
4) so Heck, Schuldrecht S.314

läßt die typische Problematik deutlich werden: Die Miete von Grundstücken wird hinsichtlich der Wirkungen gegen Dritte in der wichtigsten Frage über den Schutz des § 986 II, der nur für bewegliche Sachen gilt, hinaus durch § 571 zu einem absoluten Recht gemacht[1]. Die Mittelstellung der Miete zwischen absoluten und relativen Rechten führt zu folgender Frage:

Wenn eigentlicher Sinn des sogenannten Offenheitsprinzips ist, daß der im eigenen Namen Handelnde sich dem Geschäftsgegner der Verpflichtung zur Leistung nicht dadurch entziehen kann, daß er auf einen verdeckt vorhandenen Vertretenen hinweist, führt dann dieser Grundsatz nicht genau das Gegenteil dessen herbei, was er eigentlich bezweckte? Stehen Sinn und Zweck des Prinzips und seine praktischen Wirkungen einander nicht unvereinbar gegenüber? Der Mieter wird gegen den dritten Erwerber allein deshalb nicht geschützt, weil er mit dem Eigentümer nicht vertraglich verbunden ist. M bleibt aber schuldrechtlich allein deswegen an den H gebunden, weil er wegen des Offenheitsprinzips "logischerweise" mit dem E nicht in Verbindung treten kann, selbst dann nicht, wenn E nachträglich zustimmt. Wird aber ein Überspringen vertraglicher Wirkungen von H auf E nicht deswegen abgelehnt, weil allein M durch die offene Erklärung des Fremdwirkungswillens geschützt werden soll?

Zu erwägen ist deshalb, ob hier ein Fall vorliegt, in dem eine der M i t t e l s t e l l u n g der Miete entsprechende Z w i s c h e n l ö s u n g gefunden werden muß[2]. Es ist daher zu untersuchen, ob "Handeln für sich" auch notwendig bedeutet, daß Rechtsfolgen in der eigenen Sphäre erzeugt werden sollen. "Handeln im eigenen Namen" könnte vielmehr auch bedeuten: Rechtsfolgen für einen anderen hervorrufen wollen[3]. Im folgenden soll nicht etwa der bekannte

---

1) dazu Esser, Schuldrecht S.543
2) vgl. die Vorschläge Müller-Freienfels, Vertretung S.21, insbes.S.101
3) Dölle,Neutrales Handeln im Privatrecht aaO S.269

Streit wieder neu belebt werden, ob der Wille beim Rechtsgeschäft auf Rechtsfolgen oder nur auf wirtschaftliche Zwecke gerichtet ist[1]. Es geht hier nicht um den Zweck einer vom Mieter abgegebenen Willenserklärung, sondern um die rechtliche Wertung des Vertragstyps Miete. Hierbei ist Dölles[2] Anregung aufzugreifen, der in typischen Interessenlagen ganz allgemein die analoge Anwendung des § 185 vorschlägt und zur Figur der "Mitverpflichtungsermächtigung" gelangt.

Der im eigenen Namen Handelnde (H) könnte nach der Zustimmung des Eigentümers imstande sein, nicht nur sich, sondern daneben auch den Zustimmenden zu verhaften.

V

1. Bisher wurde die Lösung des Problems selbst im neueren Schrifttum dadurch vorgezeichnet, daß auf den "tieferen systematischen Unterschied zwischen Vollmacht und Ermächtigung" abgestellt wurde. Wie bereits oben angedeutet, betonen Raape und Siebert[3], daß die Bevollmächtigung von der Ermächtigung wegen ihrer "verschiedenen systematischen Grundlage" zu unterscheiden sei.

Es soll an dieser Stelle nicht abschließend die Auffassung Müller-Freienfels[4] behandelt werden, der den erwähnten "mystischen" qualitativen Unterschied zwischen § 164 und § 185 bekämpft und einen lediglich quantitativen annimmt. Will man aber einen Zugang zu den tragenden Interessenwertungen finden, die sich hinter der von der Wissenschaft herausgearbeiteten Systematik verbirgt, so ist nach den eingangs dargelegten Gedanken die Problematik nicht von der Über-

---

1) so Lenel Jher Jb 19,154 ff; kritisch Flume, Privatautonomie S.160
2) Dölle aaO S.278
3) oben Seite 35
4) Vertretung S.100

zeugung, daß in den §§ 164 und 185 zwei verschiedene Prinzipien niedergelegt sind, in Angriff zu nehmen. Nur ein solcher Ausgangspunkt eröffnet nämlich "durch Auflockern des starren Gegensatzes von Handeln im fremden und im eigenen Namen im Hinblick auf die Zuordnung der Rechtsfolgen die Möglichkeit von Zwischenlösungen"[1]. Auf diesem Wege überwindet man die Vorstellung, daß bei der Bevollmächtigung etwas "ausgeschieden" wird, oder daß die Vertretung eine "Personifikation" sei, d.h. eine Tätigkeitsform, bei der jemand eine andere "Persönlichkeit einnimmt"[2].

2. Wie oben dargelegt, war Leitgedanke des Gesetzgebers bei der Formulierung des § 185 das Bestreben, das Selbstbestimmungsrecht konsequent zu verwirklichen. Aus diesem Grunde verzichtete er bei Verfügungen im Gegensatz zu Verpflichtungen auf das Offenheitsprinzip, weil hier ein Vertrauensschutz des Geschäftsgegners nicht in Frage kommt. Der Gesetzgeber ging davon aus, daß typischerweise bei Verfügungen dem Erwerber des Gegenstandes nur a n d e r E r f ü l l u n g (§362 I) gelegen ist. Ist geleistet worden, d.h. sind die Voraussetzungen der §§ 929,398 etc - von der Rechtszuständigkeit des Verfügenden abgesehen - erfüllt, so ist es für den ehemaligen Gläubiger der Forderung ohne Bedeutung, ob der Veräußerer selbst Eigentümer ist oder als Nichtberechtigter verfügt hat. E s k o m m t i h m n u r d a r a u f a n , d a ß d i e V e r f ü g u n g s w i r k u n g e n d u r c h Z u s t i m m u n g d e s R e c h t s z u s t ä n d i g e n o d e r a n d e r e M o m e n t e e i n t r e t e n .

Das Wirksamwerden nichtberechtigter Verfügungen wird also zugelassen, weil Selbstbestimmung und Selbstverantwortung es in ihrer Konsequenz fordern

---

1) so Müller-Freienfels Vertretung S.101
2) Gegen Kohler (Enzyklopädie II S.36 ff) auch Müller-Freienfels aaO S.100

und beachtliche Interessen des Geschäftsgegners die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts verlangen. Nach unserer Einordnung der Vertretung in die Rechtsgeschäftslehre erscheint dies Institut als eine konsequente Verwirklichung privatrechtlicher Selbstbestimmung und allein aus der unterschiedlichen Bewertung der Selbstverantwortung ergibt sich die Verschiedenheit von Ermächtigung und Vertretung. Nach den Wertungen des Gesetzgebers soll immer dann, wenn Interessen des Geschäftsgegners schutzwürdig erscheinen, der für sich Handelnde das selbstverantwortliche Zuordnungssubjekt sein. Denn dem Selbstbestimmungsrecht des Handelnden entspricht die Selbstverantwortung. Das Gesetz hält die Bewertung der Selbstverantwortung in dem Sinne, daß alle Rechtsfolgen den Handelnden selbst treffen sollen, immer dann für notwendig, wenn der Geschäftsgegner an der Erfüllung von Forderungen noch Interesse hat.

Hat der Handelnde aber zu erkennen gegeben, daß er nicht für sich, sondern für einen anderen Rechtsfolgen herbeiführen will, so setzt er zwar den Tatbestand, wobei seine Person nicht gleichgültig ist (§ 166). Wenn aber der Akt vollzogen ist, scheidet er gleichsam aus dem Spiel aus und auf der Bühne bleiben nur der Vertretene und der Geschäftsgegner zurück, da der Vertreter den Vertretenen von vornherein als selbstverantwortliches Subjekt in Erscheinung treten ließ[1]. Die Einordnung der §§ 185,164 in die Lehre vom Rechtsgeschäft kann allein die Möglichkeit für Lösungen aufzeigen, die nicht aus starr begrifflicher Unterscheidung dieser Normen gewonnen werden können, sondern allein aus dem Willen des Gesetzgebers folgen[2].

Es handelt sich also um nichts anderes als um

---

1) oder sich aus den Umständen das Handeln in Stellvertretung ergab. Hier gibt es Zwischenformen, z.B. wenn eine Person gleichzeitig im eigenen und im fremden Namen handelt und dementsprechend der Handelnde und auch der Vertretene zum verantwortlichen Subjekt wird.

Forts.d.Anm.s.S.100

die Frage, wie unser bürgerliches Recht in den beiden Normengruppen Selbstbestimmung und Selbstverantwortung behandeln will[1].

3. Das wenig begrifflich-konstruktiv durchdachte englische Recht der agency geht seit jeher von ähnlichen Uberlegungen aus. Es kennt demgemäß keinen tieferen Gegensatz zwischen Vollmacht und Ermächtigung, sondern hat den Begriff der "authority" geprägt. Ein rechtsvergleichender Uberblick zeigt, daß eine sichere und gerechte Lösung des rechtsgeschäftlichen Handelns in Vertretung, insbesondere der Eintritt von obligatorischen Direktverbindungen auch ohne das Offenheitsprinzip möglich ist. Das anglo-amerikanische Recht geht in der Anerkennung unmittelbarer Rechtsbeziehungen zwischen dem Mittler (agent) und dem Geschäftsherrn (principal) am weitesten. Seine Rechtssätze stimmenim ganzen mit den von Müller-Erzbach entwikkelten Reformvorschlägen für das Recht der mittelbaren Stellvertretung überein[2]. Bleibt der Geschäftsherr bei dem Geschäftsabschluß ungenannt (undisclosed principal), dann hat der Drittkontrahent die Wahl, ob er den Geschäftsherrn haftbar machen will. Ebenso hat der Geschäftsherr das Recht, den Drittkontrahenten unmittelbar in Anspruch zu nehmen, als wenn der Vertrag in seinem, des Prinzipals Namen abgeschlossen wäre.

Forts.d.Anm.v.S.99

2) Die alte begriffsjuristisch orientierte Rechtswissenschaft sah in der genauen Unterscheidung der Strukturbegriffe "Handeln im eigenen Namen" und "H.i.fremden N." die Zentralaufgabe bei der Lösung dieses Rechtsgeschäftsproblems. Die heutige Rechtswissenschaft muß diese Ordnungsbegriffe aus ihrer Zentralstellung verdrängen (treffend Heck, Schuldrecht S.482) und ihre Abhängigkeit zunächst von den Normen (§§ 185,164) und schließlich aus der Interessenlage nachweisen.

1) so treffend Flume, Privatautonomie S.16o; ähnlich schon Dölle aaO S.271 ff

2) Grundsätze der mittelbaren Stellvertretung (19o5) S.56 ff vgl.auch Müller-Freienfels,Rabels Z.17,578 ff

Im übrigen wird im anglo-amerikanischen Recht die mit dem Offenheitsprinzip zusammenhängende Frage des Eigentumserwerbs des principal über den agent nicht erörtert. Infolgedessen spielt das Problem des unmittelbaren Eigentumserwerbs des Geschäftsherrn keine Rolle. Dies liegt daran, daß die auf Grund des Ausführungsgeschäfts vom Mittler erworbenen Forderungen und dinglichen Rechte nach den Grundsätzen des Billigkeitsrechtes dem Geschäftsherrn gehören. Er ist zwar nicht nach common law, wohl aber nach equity law Eigentümer der für seine Rechnung erworbenen Sachen. Das Billigkeitsrecht genießt den Vorzug vor dem common law; hierzu führt der Satz, "Equity regards that as done which ought to be done"[1]. Allerdings meldet sich in England und Amerika gegen das eigene Recht der agency Stimmen wie diese "There is an anomaly in holding one person bound to another of whom he knows nothing and with whom he did not intend to contract"[2]. Die Folge ist, daß man im Recht der agency durch Wertungen der Interessenlagen besondere Härten, die durch das Fehlen der Offenheit beim Handeln in Vertretung entstehen, abzumildern sucht[3].

Obwohl die kritischen Stimmen englischer Juristen gegen das Recht der agency die Berechtigung des deutschen Offenheitsprinzips noch betonen, muß doch hervorgehoben werden, daß im BGB immerhin eine fortschrittliche Regelung fehlt, wie es sie im Schweizer Obligationsrecht gibt (Art 32 II): Hat der Vertreter sich bei Vertragsschluß nicht als ein solcher zu erkennen gegeben, so wird der Vertretene dann unmittelbar berechtigt und verpflichtet, wenn es dem Vertragsgegner "gleichgültig war, mit wem er den Vertrag schließe". Art 4o1 ZGB schafft im Gegensatz zu § 392 II HGB auch im Außenverhältnis unmittelbare allseitig

---

1) v.Lübtow ZHR 112,227 (23o)

2) Müller-Freienfels aaO

3) ders.aaO

wirksame Rechtsbeziehungen zwischen dem Drittkontrahenten und dem Auftraggeber.

4. Wie angedeutet, ist aber im deutschen Recht nur dann eine unmittelbare obligatorische oder dingliche Rechtsbeziehung zwischen Geschäftsherrn und Kontrahenten möglich, wenn der von Leonhard[1] und Rümelin[2] aufgestellte Offenheitsgrundsatz gewahrt ist. Demzufolge ist das Überspringen obligatorischer Wirkungen kraft Zustimmung des Berechtigten gemäß §§ 182 ff im deutschen Recht unmöglich. Seit Zeiller[3] den genannten Grundsatz in den Entwurf des ABGB aufnehmen ließ, hat sich an diesem Standpunkt Wesentliches nicht geändert. So erklärt Rosenberg[4]: "Für den Begriff des stellvertretenden Handelns ist allein wesentlich, daß in fremdem Namen gehandelt wird" und Manigk[5] ist der Überzeugung, "Wo nicht im Namen eines Dritten gehandelt wird, liegt niemals juristische direkte Vertretung vor, wenn auch Wirkungen bei einer dritten Person eintreten". Die Mehrzahl aller Lehrbücher definiert daher: "Die Stellvertretung besteht in dem Abschluß eines Rechtsgeschäfts in fremdem Namen"[6]. Bestimmt man die Vertretung als "Handlung in fremdem Namen", so ist dies eine Wiederholung des von Leonhard[7] aufgestellten "obersten Satzes", wonach es in einem fremdwirkenden Geschäft "in erster Linie der offenen Beziehung auf den Vertretenen" bedarf.

Der Eintritt von Fremdwirkungen in der Person des Geschäftsherrn wird also mit dem "Wesen der Vertretung" begründet. Diese Argumentation ist aber heute nur zu verstehen, wenn man sich vor Augen hält, daß das Erfordernis der Offenheit als Mittel zur Verwirk-

---

1) Vertretung beim Fahrniserwerb (1899) S.1 ff
2) AcP 93,131 ff (145,158)
3) Prot.des ABGB 84.Sitzung (Herausgegeb.von Ofner)
4) Stellvertretung im Prozeß: S.12
5) Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte (19o1) S.313
6) Stoll-Felgentraeger, Vertrag und Unrecht § 21 S.77
7) Beweislast (19o4,1926) S.296

lichung eines gerechten Interessenausgleichs beim Handeln in Vertretung im Zeitalter des Positivismus in den Vordergrund getreten ist. Man wies im 19.Jahrhundert zwar die soziologischen und psychologischen Bedingungen des Zustandekommens der Fremdwirkungen auf, glaubte aber damit die Notwendigkeit des so gestalteten Rechtsinstituts gerechtfertigt zu haben[1]. Bezeichnend ist, daß nach der ursprünglichen Auffassung Jherings[2] das Handeln in fremdem Namen als feste W o r t f o r m e l begriffen wurde. Dieser Ausdruck sollte beim Geschäftsabschluß w ö r t l i c h benutzt werden. Die starre Bindung an eine Wortformel war selbst bei Abfassung des BGB noch nicht restlos überwunden, denn der Verfasser glaubte in § 164 den Satz aufnehmen zu müssen, "Es macht keinen Unterschied, ob die Erklärung ausdrücklich im Namen des Vertretenen erfolgt oder ob die Umstände ergeben, daß sie in dessen Namen erfolgen sollen". So erstarrte das Rechtsinstitut der Vertretung. Es wurde von seiner äußerlichen Erscheinungsform her sogar "als Hauptstütze der Erklärungstheorie im Kampf gegen die Willenstheorie begriffen[3]". Wie läßt sich jedoch heute die starre Dogmatik weiter begründen, wenn man in einem kritischen Grenzfall die Rechtssätze in §§ 185,164 teleologisch wertend interpretieren muß? Indem man die Zurechnung der Wirkungen einer Willenserklärung mit dem Handeln in fremdem Namen stehen und fallen läßt, geht man über die im Einzelfall entscheidenden Interessenlagen hinweg, die die Ergebnisse schließlich tragen sollten[4]. Die starre Dogmatik einerseits und das interessenwidrige Ergebnis der h.L.[5] bei der Lösung des Beispiel-

---

1) Erik Wolf, Große Rechtsdenker S.592
2) Jher Jb 1,312; anders 2,76
3) vgl.oben Seite 93 mit Nachweisen in Anm.1
4) Müller-Freienfels, Vertretung S.19
5) gemeint ist Raapes oben (S.90) dargelegte Auffassung zur analogen Anwendung des § 571 im Beispielsfall. Forts.d.Anm.s.S.104

falls andererseits zeigen doch schließlich, daß über das Verhältnis des § 185 zu § 164 im Gebiet des Rechtsgeschäfts noch nicht volle Klarheit herrscht.

Das "Handeln im fremden Namen" sollte nicht völlig losgelöst von der Interessenlage, sondern immer im Zusammenhang mit der Frage gesehen werden, ob rechtsgeschäftliches Verhalten tatsächlich verlautbart werden muß und wann darauf verzichtet werden darf. Zwar steht das BGB vorwiegend auf dem Boden der Erklärungstheorie. Aber wenn § 164 auch nur als ein typischer Anwendungsfall dieser Theorie und als Verweisung auf die geltende Lösung des Streits zwischen Willens- und Erklärungstheorie angesehen wird, so werden ganz offensichtlich die verschiedenen konkreten Interessenlagen durch das System zu sehr gleichgeschaltet. Der Eintritt von Fremdwirkungen wird noch heute wie im Zeitalter des Positivismus als ein sich kausalgesetzlich vollziehender Naturvorgang begriffen.

Die Argumentation Nipperdeys[1] ist typisch für den heutigen Stand der Lehre: Die Verpflichtungsermächtigung wird deswegen abgelehnt, weil sie dem Offenheitsgrundsatz des Vertreterrechts widerspreche. Es wird von Nipperdey aber nicht genügend klar herausgestellt, daß das Erfordernis der Offenheit in § 164 II das Ergebnis einer vom Gesetzgeber vorgenommenen Wertung der Selbstverantwortung ist, die den rechtsgeschäftlich Handelnden treffen soll. In Grenzfällen muß aus der im Gesetz (§§ 185,164) zur Geltung gelangten Wertung der Selbstverantwortung des Handelnden geschöpft werden[2].

Forts.d.Anm.v.S.1o3

5) Seiner Meinung stimmt Nipperdey (Allg.Teil 14. Bearb.S.884 Anm.11) zu,man wird sie daher als die noch heute herrschende bezeichnen müssen.

1) Enneccerus-N. Allg.Teil § 2o4 3 b

2) objektive Methode der Gesetzesauslegung, formuliert z.B.in BVerfGE 1,299 ff (312); Heck AcP 112,64,65; Stoll Interessenjurisprudenz S.72. In Nipperdeys

Forts.d.Anm.s.S.1o5

Treffend weist Müller-Freienfels[1] darauf hin, daß der ganze beispielhaft geltende Streit um die Figur des "Geschäfts für denjenigen, den es angeht" wohl kaum entstanden wäre, wenn man je nach der Einschaltung des Mittelsmannes im rechtsgeschäftlichen Tatbestand konkrete Gruppen von Interessenlagen gebildet und daraufhin die Anforderungen an das äußere Auftreten des Handelnden differenziert hätte. Das BGB unterscheidet aber in dieser Hinsicht lediglich zwei extreme Fälle, den § 185 einerseits, die §§ 164 ff andererseits. Ob im Beispielsfall ein Überspringen von obligatorischen Wirkungen auf den Zustimmenden möglich ist, muß allein danach entschieden werden, ob der Schutzzweck des Offenheitsprinzips nicht seinen Sinn verloren hat[2]. Wenn das Interesse des Kontrahenten M es sogar verlangt, daß unmittelbare obligatorische Beziehungen zwischen ihm und dem Geschäftsherrn als materiell Berechtigten entstehen, dürfen, "Stabilitätsinteressen" der Ablehnung einer Direktverbindung zwischen M und E kraft Zustimmung des E nicht mehr entgegenstehen[3]. Man sollte also heute nicht unter dem Einheitsmerkmal des Handelns "in fremdem Namen" immer wieder unterschiedslos den erklärten Willen zur Fremdwirkung fordern ohne Rücksicht darauf, ob der Mittelsmann die Verpflichtung zur Begründung eines Großkredits eingeht oder eine fremde Sache als Scheineigentümer einem anderen mietweise überläßt. Das spanische, portugiesische und argentinische

---

Forts.d.Anm.v.S.1o4

2) Argumentation tritt m.E. auch ein Widerspruch auf, wenn er Dölles Mitverpflichtungsermächtigung mit dem Offenheitsgrundsatz vereinbar hält (Enneccerus-N. aaO 3 b und Anm.). Schließlich bleibenCoings und Nipperdeys Feststellungen, zwischen §§ 185 und 164 beständen "gewisse verwandte Züge" angesichts ihres sonst strengen Festhaltens am System unklar! (Enneccerus-N. aaO I 3 Anm.6; Staudinger-C Vorbem.§ 164 Randn.63 a)

1) Müller-Freienfels aaO S.21

2) v.Lübtow ZHR 112,242

3) dazu z.B.Stoll, Interessenjurisprudenz aaO S.92

Recht[1] geben dem Kontrahenten ein Wahlrecht zwischen Prinzipal und Mittelsmann, wenn der Bevollmächtigte abredewidrig in eigenem Namen aufgetreten ist. Zweckentsprechender als das BGB lösen diese Rechte unter besonderer Berücksichtigung des Interesses des Geschäftsgegners die Rechtslage. Sie halten damit ebenso wie das anglo-amerikanische Recht in bestimmten Fällen eine Verpflichtung des verdeckt vorhandenen Vertretenen aus Billigkeitsgesichtspunkten für zulässig. Im Einklang mit diesen bewährten Grundsätzen ausländischer Privatrechte sollte auch im deutschen Recht durch teleologische Auslegung der §§ 185,164 ein Weg gefunden werden, dem Dritten eine Direktverbindung zum verdeckten Hintermann dann zu schaffen, wenn seine Interessen durch eine am Dogma orientierte Lösung aufs schwerste gefährdet sind.

Demgegenüber erscheint jeder Weg, der aus den Zweck- und Wertvorstellungen des Gesetzgebers in teleologischer Interpretation des Gesetzes den Grenzfall entscheiden will, von vornherein versperrt, wenn man von formallogischer, streng kausalgesetzlich konstruierender Methode ausgeht. In diesem Sinn führt Cohn[2] noch 1931 aus: "Ist das Stellvertretungsverhältnis im im Tatbestand des Rechtsgeschäfts nicht zum Ausdruck gelangt, so kann es auch für die Wirkungen des Geschäfts keine Bedeutung haben. Das Gegenteil widerspräche dem Grundsatz, daß sich jede W i r k u n g a u f e i n e U r s a c h e z u r ü c k f ü h r e n l ä ß t ". Auffällig ist, wie Cohn - seine Formulierungen sind repräsentativ für die Auffassung der h.L.- hier eine sachliche Feststellung von einer terminologischen abhängig macht . Er begeht eine begriffsjuristische Inversion[3].

---

1) vgl.Code com. Spaniens (287), Portugals (252), Argentiniens (139) zu allem Müller-Freienfels, Vertretung S.22
2) E.J.Cohn, Das rechtsgeschäftliche Handeln für denjenigen, den es angeht (1931) S.212
3) treffend dazu Brauer,Der Zivilrechtsfall in Prüfung und Praxis (2.Aufl.1956) S.58 ff

Zwar ist auch nach Hecks Lehre die Methode der Auslegung nicht verfehlt, nach der der innere Zusammenhang der Rechtssätze, die Grundprinzipien des Gesetzes ermittelt werden und aus den Grundgedanken heraus das Gesetz ergänzt und fortgebildet wird[1]. Aber die von Cohn versuchte systematische Auslegung im Sinne einer Ergänzung der Rechtssätze aus dem "wissenschaftlichen System", aus der logischen "Expansionskraft" der positiven Regelung ist zu kritisieren und heute abzulehnen.

> Die Ordnungsbegriffe Handeln in eigenem Namen" und "Handeln in fremdem Namen" sind aus ihren Zentralstellungen zu verdrängen und die Lösung des Problems der Verpflichtungsermächtigung muß heute allein aus der im Gesetz zur Geltung gelangten Interessenwertung erfolgen[2].

5. Im Grunde richtet sich jeder Versuch, der zur Durchbrechung des Offenheitsprinzips führt, gegen den obersten Satz der traditionellen Privatrechtsdogmatik, der besagt, daß nur der erklärte Wille als "Rechtsquelle", als Ursache für die Begründung rechtserheblicher Wirkungen in Betracht kommt[3]. Wie angedeutet, folgt dies Dogma aus der Pandektistik des 19.Jahrhunderts. Es steht mit einer Auslegung des § 185, die sich den Wirkungen des § 164 annähert, in unvereinbarem Widerspruch, weil im Vertretungsrecht der Geschäftsherr nicht als rechtsgeschäftlich Handelnder Anteil haben soll. Die Vertretungswirkungen können zwar auch nachträglich eintreten, wie § 177 ausdrücklich feststellt. Glaubt man aber, daß sich nach kausalgesetzlicher Denkmethode aus dem Grundgedanken des § 177 der Beispielfall in seiner Alternative lösen läßt, so ist dies verfehlt. In § 177 wird gerade das Kausalglied für die Fremdwirkung zur Voraussetzung gemacht: es muß ein Handeln in fremdem Namen vorliegen. Der Alternativfall

---

1) dazu Stoll, Interessenjurisprudenz aaO S.96
2) Heck AcP 112, 1 ff S.64,65; Schuldrecht S.482
3) Hierin sind sich Willens- und Erklärungstheorie einig, vgl.Manigk Willenserklärung S.154

liegt aber nicht so. Hier ist der Fremdwirkungswille weder erkennbar gemacht, noch ist er - wie im ersten Fall - verdeckt vorhanden. Unabdingbare Voraussetzung für den Eintritt von Fremdwirkungen ist nach dem in Frage stehenden Grundsatz, daß der Mittler wenigstens den Willen hat, für den Hintermann eine obligatorische Bindung herbeizuführen[1]. Nach Windscheids kausalgesetzlicher Denkweise können logischerweise Rechtswirkungen nur dann eintreten, wenn sie zumindest durch einen existierenden Willen verursacht werden. Eine Lösung der Alternative des Beispielfalls, die zu dem Überspringen obligatorischer Wirkungen von H auf E kraft Zustimmung des E kommen will, muß zwar die Stabilität dieses Dogmas respektieren, darf aber nicht allein um des Prinzips willen die Durchbrechung des Grundsatzes ablehnen: cessante ratione legis, cessat lex ipsa!

So versucht die moderne Lehre das Willensdogma abzumildern, indem sie aus dem Innenverhältnis zwischen Geschäftsherrn und Handelndem Indizien für den Fremdwirkungswillen des Handelnden herzuleiten versucht[2]. Deutlich zeigt sich dabei, daß trotz der Tendenz, Härten bei streng an dem Kausaldogma orientierten Lösungen aus der Interessenlage heraus auszugleichen, der Grundsatz seine Geltung behalten hat. So wird Langes[3] Versuch, in verwandtem Zusammenhang die strengen Anforderungen an den inneren Willen des Mittlers abzumildern, durch konservativere Argumente Nipperdeys begegnet[4]. Selbst dann, wenn dem Verkäufer unter Eigentumsvorbehalt ganz offensichtlich die Person des endgültigen Erwerbers gleichgültig ist, soll nach Nipperdeys Auffassung aus Gründen der Logik ein nachträglicher Erwerber des dinglichen Anwartschaftsrechts bei Bedingungseintritt nicht auf direktem Wege[5] Eigen-

---

1) Enneccerus-Nipperdey Allg.Teil S.11o2 Anm.25
2) Staudinger-Coing § 164 Randn.5 Enneccerus-N.aaO S.11o2 3 c
3) NJW 51,445 Anm.
4) Ennecc.-Nipp. aaO § 179 III 3 c (11o2 Anm.25)
5) Staudinger-B. § 929 R.28 d

tum erlangen können. Voraussetzung für einen unmittelbaren Eigentumsübergang sei zumindest der innere Fremdwirkungswille des Mittelsmannes (H), den dieser zur Zeit des Vertragsschlusses mit dem Eigentümer der Sache (E) haben müsse. An diesem fehle es regelmäßig, wenn der Mittelsmann (H) die Anwartschaft erst nachträglich übertrage. (Nipperdey kommt allerdings auf anderem Wege zum Direkterwerb.)

Mit den gleichen Argumenten wird v.Lübtows[1] Auffassung kritisiert. Ein Überspringen obligatorischer Rechtswirkungen auf einen Hintermann soll nach v.Lübtow auch in Fällen möglich sein, in denen der Mittler nicht den Willen hat, für einen anderen rechtsgeschäftlich tätig zu werden. Es sei nicht einzusehen, welches Interesse des Mittlers noch durch das Recht gewahrt werden müsse, wenn dieser beispielsweise treuwidrig gegenüber seinem Hintermann handele und auftragswidrig selbst der Erwerber einer preisgünstigen Ware sein wolle. Ebenso sei es in bestimmten Fällen nicht notwendig, daß bei dem vorweggenommenen Besitzkonstitut der Handelnde im Augenblick des eigenen Erwerbs grundsätzlich noch den Willen haben muß, das Eigentum für seinen Auftraggeber zu erwerben. Die h.L.[2] argumentiert hier aus dem Wortlaut des § 929 ("einig sein") und läßt generell kein Eigentum auf den Geschäftsherrn übergehen, wenn sich aus dem Gesamtverhalten des Vertreters deutlich ergibt, daß sein Wille nicht auf Besitzmittlung für den Geschäftsherrn gerichtet ist.

Gegen diese rein aus der Willenslehre argumentierende Lehre wendet sich mit überzeugenden Überlegungen v.Lübtow[3]. Er stützt sich vornehmlich auf die Gedanken Hecks[4]. Ein Verstoß des Mittelsmannes gegen

---

1) ZHR 112,247
2) Enneccerus-Nipperdey aaO § 179 III 3 c S.11o2 A.25; aaO 3b S.11oo A.18
3) ZHR 112,247 (258)
4) Sachenrecht S.232 ff

die im Innenverhältnis bestehende Pflicht, für den Auftraggeber obligatorische oder dingliche Wirkungen herbeizuführen, müsse zur Folge haben, daß sein Wille ignoriert wird. Er müsse ersetzt werden durch den wahren und wirklichen Willen des Zuständigen, in dessen Auftrag und mit dessen Mitteln das Geschäft getätigt wird. Diese interessenjuristische Lösung wird jedoch von Nipperdey und der h.L. vorerst noch abgelehnt. Zwar müsse ein entgegenstehender Wille des Mittelsmannes unbeachtlich bleiben, wenn sich aus dem Innenverhältnis Indizien ergäben, die äußerlich für den Fremdwirkungswillen sprächen. Ein Überspringen von obligatorischen (oder dinglichen) Beziehungen auf den Hintermann sei aber unmöglich, wenn aus dem Gesamtverhalten des Mittlers deutlich hervorgehe, daß er gerade keine Fremdwirkungen herbeiführen wolle.

Demgegenüber geht es nach Auffassung v.Lübtows darum, wieweit durch eine O b j e k t i v i e r u n g des Willens des Mittlers, d.h. durch r e c h t l i c h e W e r t u n g e n die Interessenlage über den Eintritt der Fremdwirkungen entscheiden soll[1]. Noch schärfer wird der Kern der Problematik erfaßt, wenn man von den strengen Konsequenzen der Willenslehre abrückt, das Stimmrecht des Rechtszuständigen E für den Eintritt der Fremdwirkungen ausschlaggebend sein läßt und den Eintritt der Fremdwirkungen allein davon abhängig macht, inwieweit das Interesse des M die Gewinnung eines neuen Schuldners fordert. Dabei ist wiederum zu beachten, daß M durch den Eintritt der Fremdwirkungen keine Nachteile erwachsen dürfen[2].

Angesichts der dargestellten auffälligen Diskrepanz in der Bewertung der Rechtsfolgen bei mittelbarer Stellvertretung und ähnlich gelagerten Figuren fragt es sich, ob man durch die dogmatischen "Ketten der romanistischen Willenstheorie" im Beispielfall heute tatsächlich noch

---

1) v.Lübtow ZHR 112,242 m.Nachw.
2) Dölle, Neutrales Handeln aaO S.278 Anm.1

streng gebunden ist[1]. Trifft es wirklich zu, daß die Zurechnung der Rechtsfolgen bei mittelbarer Stellvertretung zwingend aus dem pandektistischen Vertragsmodell folgen muß und Interessenlagen nur Indizien abgeben können? Es liegt auf der Hand, daß bei der Lösung des Beispielfalles auf die vom Gesetzgeber in den §§ 185,164 zum Ausdruck gebrachten Interessenwertungen zurückgegriffen werden muß.

VI

1. Will man das Überspringen schuldrechtlicher Wirkungen mit den erörterten Grundsätzen in Einklang bringen oder es gar gegen die Dogmatik durch analoge Anwendung der §§ 185,164 ff durchsetzen, so ist die Entwicklung, die die Rechtswissenschaft und Rechtsprechung in den letzten Jahrzehnten unter dem Einfluß der Wertungsjurisprudenz der sogenannten Tübinger Schule genommen hat, als Leitbild zu betrachten.

Als treffendes Beispiel dieser Entwicklung ist die Lehre vom Vertrag mit dem, den es angeht, hier heranzuziehen. Läßt man den Vertrag für den, den es angeht, auch im Bereich des Schuldrechts zu, so kann der Zulässigkeit der Verpflichtungsermächtigung nicht mehr mit d o g m a t i s c h e n B e d e n k e n entgegengetreten werden.

Ursprünglich stellte die Lehre vom Rechtsgeschäft für denjenigen, den es angeht, einen Versuch dar, eine angemessene Regelung für Fälle zu schaffen, in denen die Interessenlage es erforderte, daß unmittelbare Beziehungen zwischen Kontrahenten und Hintermann hergestellt werden. Das Gesetz berücksichtigt im Gegensatz zum Schweizer Obligationsrecht (Art.32 II) nicht, daß es zahlreiche Geschäfte gibt, bei denen es sich nicht lohnt, Erklärungen darüber abzugeben, ob der Handelnde für sich selbst oder für jemand anderen und für wen

1) H.J.Wolff, Theorie der Vertretung (1934) S.193 ff (217)

er auftreten will. So nahm Rümelin[1] noch an, daß der Kontrahent es dem Mittler "stillschweigend" überlassen könne, die auf seiner Seite eintretende Geschäftspartei zu bestimmen und daß eine solche stillschweigende Überlassung dann vorliege, wenn es dem Kontrahenten gleichgültig sei, mit wem er im Einzelfall den Vertrag schließe. Das Offenheitsprinzip sei demnach nicht verletzt. Dies schien unmittelbar nach dem Inkrafttreten des BGB ein Versuch, eine angemessene Regelung für eine bestimmte Fallgruppe zu schaffen, ohne gegen den Offenheitsgrundsatz zu verstoßen. Beobachtet man heute die Entwicklung, so setzt sich mehr und mehr die Erkenntnis durch, daß es sich bei der Anerkennung dieses Rechtsinstituts in Wahrheit um eine Rechtsfortbildung und eine E i n s c h r ä n k u n g d e s O f f e n h e i t s p r i n z i p s handelt[2]. So kommt man heute zu der Auffassung, daß das Geschäft "mit dem, den es angeht", ein Fall der mittelbaren Stellvertretung ist, in dem ausnahmsweise von der Offenheit abgesehen werden kann und deshalb die Rechtsfolge des Geschäfts des Mittlers unmittelbar in der Person des Geschäftsherrn eintreten darf[3]. Das Entscheidende ist gerade nicht mehr, daß der Mittler für den, den es angeht, handelt, sondern daß es dem Kontrahenten typischerweise gleichgültig ist, mit wem er abschließt[4]. Man spricht heute in diesem Fall von mangelndem O f f e n h e i t s i n t e r e s s e und legt den § 164 teleologisch aus[5].

---

1) Rümelin AcP 93,232,227
2) Staudinger-Coing S.953
3) v.Lübtow ZHR 112,227 ff; auch Enneccerus-N. aaO § 179 III 3 c
4) Enneccerus-Nipperdey aaO einschränkend nur für den Bereich obligatorischer Verträge, mit dem, den es angeht. Hier müsse im einzelnen geprüft werden, ob dem Kontrahenten die P e r s o n des Gegners wirklich gleichgültig sei. Hierin liegt bereits die grundsätzliche Anerkennung der V e r p f l i c h t u n g s e r m ä c h t i g u n g, worauf Lange (Allg.Teil § 47 III 4 b) treffend hinweist!
5) Staudinger-Coing Vorbem. § 164 Randn.45.

2. Diese aufgezeigte Entwicklung, die Lehre vom Vertrag mit dem, den es angeht, nicht streng der Dogmatik unterzuordnen, sondern sie bewußt gegen diese durchzusetzen, zeichnet die Methode vor, wie der Beispielfall gelöst werden muß. Ob ein Überspringen obligatorischer Wirkungen von dem Handelnden auf den Hintermann möglich ist, darf nicht ausschließlich von der Willenslehre als "obersten Grundsatz" in § 164, die notwendig zur Offenheit führt, beurteilt werden. Durch starres Festhalten an dem Willensdogma werden die verschiedenen Interessenlagen zu sehr gleichgeschaltet. Das praktisch alltägliche Institut des Vertrages "mit dem, den es angeht" zeigt, daß die begriffliche Unterscheidung zwischen Handeln im eigenen und Handeln in fremdem Namen in ihrer Stabilität mehr und mehr geschwächt werden muß, wenn lebensfremde Ergebnisse vermieden werden sollen.

Bezeichnend ist allein schon die elastische Haltung des Reichsgerichts, das den Vertrag für den, den es angeht, grundsätzlich überhaupt für unzulässig hielt[1]. Es half jedoch dem verdeckten Hintermann als Interessenten, wenn dem Veräußerer die Person des Erwerbers gleichgültig erschien, indem es das Eigentum an den vom mittelbaren Stellvertreter erworbenen Gegenständen auf Grund antezipierten Konstituts sofort und unmittelbar auf den Vertretenen übergehen ließ. Das Reichsgericht durchbrach hier selbst das Willensdogma und ließ nicht streng logisch das Eigentum durch

---

1) Es behandelt den Vertreter grundsätzlich als Selbstpartei des obligatorischen Geschäfts. Aber es half dem Vertretenen, insofern es das Eigentum auf Grund antezipierten oder gemäß § 181 geschlossenen Konstituts sofort und unmittelbar auf den Vertretenen übergehen läßt (RG 1oo,19o; 1o9,167; 14o,229). Streng logisch hätte das Reichsgericht hier D u r c h g a n g s e i g e n t u m annehmen müssen. Gegen die Annahme eines Zwischenerwerbs spricht, daß dem Vertretenen durch ihn unberechtigte Vorteile (z.B.§§ 933,142 II) erwachsen können, aber auch, daß dem Vertretenen Nachteile drohen; im einzelnen Lehmann, Allg.T.§ 36 IV 2 c (29o).

den Mittler gehen. Es nahm unmittelbaren Erwerb an, weil der Interessent das Eigentum nicht über den Mittler - eventuell durch Pfändungen belastet - erwerben sollte. Das Reichsgericht forderte zwar regelmäßig ein erkennbares Besitzkonstitut und hielt insoweit formell noch an der Willenslehre fest. Aber es verflüchtigte die Anforderungen an die Erkennbarkeit des Konstituts im einzelnen, ließ Ausnahmen gelten und durchbrach damit den alten Grundsatz der Willenslehre.

3. Die kritisierten Darstellungen der Probleme um die sogenannte Verpflichtungsermächtigung bleiben trotz der inzwischen vollzogenen Abkehr von der Methode der Begriffsjurisprudenz im Pandektensystem befangen. Wir haben - wie die einzelnen Seitenblicke auf verwandte Rechtsinstitute zeigten - seit dem Inkrafttreten des BGB eine in einem Meer von Streitfragen sich mühsam fortentwickelndeRechtsgeschäftslehre, die gerade bei der Behandlung der Verpflichtungsermächtigung auch heute noch um W i l l e und E r k l ä r u n g (Offenheit) als die unerläßlichen Tatbestandsteile der Fremdwirkung kreist. Die Einsicht in die M ä n g e l d e s S y s t e m s zwingt, in dem zur Debatte stehenden Fall die Konsequenzen zu ziehen[1].

Schließt M mit H den Mietvertrag, so besteht zunächst die Hauptpflicht des H darin, den Gebrauch der Mietsache zu gewähren (§ 535 S.1). Da H nach außen "für sich" handelt, trifft ihn zunächst diese Hauptpflicht. Hat er seiner Verschaffungspflicht genügt und dem Mieter die Übernahme der Sache zum vertragsmäßigen Gebrauch ermöglicht, so ist zunächst das Hauptinteresse des Mieters befriedigt: der Schuldner hat diesen Teil des Schuldverhältnisses erfüllt i.S.

---

1) ähnlich auch Raiser, Vertragsfunktion aaO S.1o3 in anderem Zusammenhang

des § 362 I[1].

Stimmt nun der Eigentümer der Vermietung des H in Kenntnis des Vertragsinhalts zu, so spielt es für M keine Rolle, wessen Gläubiger er im Hinblick auf diesen Teil des Schuldverhältnisses einmal war. Dies bedeutet, daß insoweit der H aus seiner ursprünglichen Selbstverantwortung entlassen werden kann: d e r R e c h t s g e d a n k e d e s § 185 k o m m t z u m Z u g e . Der Eigentümer als allein Stimmberechtigter hat seinerseits als selbstverantwortliches Subjekt gehandelt und muß seine Zustimmung gegen sich gelten lassen. Wie man die Selbstverantwortlichkeit des Zustimmenden kennzeichnet, ist gleichgültig. Das Reichsgericht arbeitete mit dem traditionellen Begriff der exeptio doli[2]. Raapes Deduktionen, die zum Schluß führten, in der Zustimmung läge eine Verfügung, sind überflüssig, wenn man erkennt, daß die Zustimmung hier ein Akt des Rechtszuständigen ist, für den dieser selbstverantwortlich einzustehen hat.

> Der Rechtszuständige muß die Gebrauchsüberlassung als s e i n e r e c h t s g e s c h ä f t l i c h e R e g e l u n g hinnehmen, weil sie von ihm gewollt ist und der Handelnde als ursprünglich verantwortliches Zurechnungssubjekt gleichsam von der Bühne abtreten darf. S e i n e V e r a n t w o r t u n g i s t f o r t g e f a l l e n .

Erkennt man in der befugten G e b r a u c h s ü b e r l a s s u n g durch den Handelnden die Regelung des Eigentümers, so folgt hieraus, daß nach der Wertung des Gesetzgebers in §§ 986 II,571 dem Mieter Rechtsschutz gegen Dritte zustehen muß! Einmal soll der Mieter nach § 571 deshalb geschützt werden, weil die Sache ihm überlassen ist[3]. Zum anderen ist Sinn

---

1) Wann nun im einzelnen erfüllt ist, läßt sich nicht generell sagen, bestimmt sich vielmehr nach dem jeweiligen Vertragsinhalt.

2) RG 8o,395

Forts.d.Anm.s.S.116

der Vorschrift, daß der Erwerber (K) der Mietsache an die Gebrauchsüberlassung deshalb gebunden sein soll, weil der Rechtsvorgänger die vertragliche Überlassung bestimmt hatte. Die Regelung kann eingreifen, weil der zustimmende Eigentümer für die von ihm gebilligte Vermietung einsteht, folglich auch der Rechtsnachfolger an sie gebunden sein muß.

Damit ist im Gegensatz zu Raapes Ergebnis eine dem normativen Willen des Gesetzgebers in § 571 entsprechende Lösung des Beispielfalles gefunden. Der Räumungsklage des Käufers gegen den Mieter M sollte also n i c h t stattgegeben werden!

Die Vermietung erschöpft sich aber typischerweise gerade nicht in der Gebrauchsüberlassung. Dauerpflicht des Vermieters ist nämlich, die Mietsache in gebrauchsfähigem Zustand zu erhalten. Stimmt der Eigentümer in Kenntnis der Vertragsdauer und des Vertragsinhalts zu, so muß auch ihn die Verantwortlichkeit treffen, die eigentliche Dauerleistung des Vermieters erbringen zu müssen. Dies bedeutet, daß er als primär Rechtszuständiger für die erforderlichen Reparaturen zu sorgen hat, er muß auch die Lasten der Sache tragen (§§ 546,547)[1]. Auch muß ihn primär die Schadensersatzpflicht bei ursprünglichen und nachträglichen verschuldeten Mängeln (§ 538) treffen und schließlich muß er für die Erfüllung seiner Pflichten aus § 278 haften.

Unabdingbares Erfordernis ist aber, daß dem Mieter durch das Überspringen der Pflichten auf den zustimmenden primär Zuständigen keine Nachteile erwachsen[2].

Der Gesetzgeber selbst hat in § 571 II S.1 eine ähn-

Forts.d.Anm.v.S.115
3) oder Übertragung des Eigentums oder eines anderen, den Besitz entziehenden dinglichen Rechts vollzogen ist (§ 577,S.1)

1) Zu den einzelnen Erhaltungspflichten Esser, Schuldrecht § 117 2 b

2) Hierauf weisen Dölle (Neutrales Handeln S.278 Anm.1) und Bettermann (JZ 51,321 ff) ebenfalls hin.

liche Interessenabwägung vorgenommen, wenn der Mieter sich nach Veräußerung der Mietsache durch den Vermieter einem neuen Vertragspartner gegenüber sieht. In diesem Fall läßt er den Erwerber als nunmehr primär Rechtszuständigen auch an erster Stelle haften (§ 571 I), den Vermieter s u b s i d i ä r als selbstschuldnerischen Bürgen. Diese Interessenwertung des Gesetzgebers in § 571 II S.1 muß ebenfalls gelten, wenn verhindert werden soll, daß dem Mieter durch die Gewinnung des Eigentümers als neuen Schuldner ein Nachteil erwächst[1].

Primär haftet also der Zustimmende, sekundär der Handelnde wie ein selbstschuldnerischer Bürge.

Dies Ergebnis entspricht allein der Interessenlage: Aus der primären Selbstverantwortung des Eigentümers folgen seine Rechte. Ihm muß der Mietzins zustehen (§ 535 S.2), ihm ist der Mieter zur Rückgabe verpflichtet (§ 556), er muß zur Wahrung seiner Interessen das Klagrecht auf Unterlassung haben (§ 550), auch das Recht der sofortigen Kündigung in Fällen der §§ 553,554 und schließlich das Recht auf Schadensersatz wegen verschuldeter Beschädigung oder bei Verzögerung der Rückgabe.

Zahlt nun aber der Mieter - ähnlich wie in § 574 - in Unkenntnis der Rechtslage an den H, so ist es nur konsequent, wenn man im Einklang mit der entsprechenden Anwendung des § 185 auch den § 816 II sinngemäß anwendet, um den schuldrechtlichen Ausgleich zu schaffen[2].

Folgendes Ergebnis ist festzuhalten:

---

1) § 571 II S.2 sollte jedoch nicht ebenfalls entsprechend angewendet werden, da diese Regelung den Mieter wiederum schlechter stellen würde: der Mieter würde zur Kündigung gezwungen, wenn er mit dem Eigentümer nichts zu tun haben will!

2) Diese Anwendung des § 816 ist nicht zu verwechseln mit der in der älteren Literatur vorgeschlagenen: diese sah in der Vermietung die Verfügung im Sinne des § 816

Rechtsgeschäftsprobleme, die in Grenzfällen zwischen den typischen Fallgruppen des § 185 I und II Fall 1 einerseits, der §§ 164,167 und des § 177 andererseits auftauchen, sind nur an Hand der aufgezeigten gesetzlichen Wertungen zu lösen. Es geht allein um die Frage, wie die Selbstverantwortung des jeweils handelnden Rechtssubjekts vom Gesetz bewertet wird.

Von interessenjuristischen Überlegungen bei der Behandlung des Problems der Verpflichtungsermächtigung sind auch Bettermann und Dölle ausgegangen[1]. An Hand einzelner, im Gesetz geregelter Fälle, versuchen diese Autoren die allgemeine Zulässigkeit der Verpflichtungsermächtigung zu rechtfertigen. Von Bettermann werden insbesondere § 2 des Tarifvertragsgesetzes und § 81 Abs.3 und 4 des Zwangsversteigerungsgesetzes als Beispiele genannt. Dölle führt Rechtsinstitute an, in denen Verwalter eines Vermögens vom Gesetz mit der Rechtsmacht begabt worden sind, durch ihr Handeln in der ihnen anvertrauten Vermögenssphäre die erforderlichen Rechtswirkungen hervorzurufen: Konkurs- und Nachlaßverwalter, Testamentsvollstrecker, Zwangsverwalter sowie Treuhänder. Dölles und Bettermanns Versuche können jedoch insofern nicht befriedigen, als beide das Problem der Verpflichtungsermächtigung aus Spezialfällen, die das Gesetz besonders regelt, zu klären suchen. Sie kommen im wesentlichen zu dem Ergebnis, daß "§ 185 im Wege der Analogie für die Zulässigkeit einer Verpflichtungsermächtigung in dem Sinne" spreche, "daß der im eigenen Namen Verpflichtungsgeschäfte Vornehmende nicht nur sich, sondern daneben auch den Ermächtigenden zu verhaften imstande" sei[2].

Dieser Vorschlag konnte deshalb auf einen Dogmatiker wie Heinrich Lehmann[3] nicht überzeugend wirken,

---

1) Bettermann JZ 51,321; Dölle, Neutrales Handeln im im Privatrecht S.268 ff
2) Dölle aaO S.278
3) Lehmann Allg.Teil (1955) § 37 VI 2 (314); auch Enneccerus-Nipperdey Allg.T.§ 2o4 m.Nachw.lehnt Bettermanns Auffassung ab.

weil aus besonderen, ganz speziellen Fällen allgemeine Schlußfolgerungen gezogen wurden.

Geht man aber von der zutreffenden Einordnung der Verfügung eines Nichtberechtigten und der Geschäftsführung des Vertreters in die Lehre vom Rechtsgeschäft aus, so kann jedes Grenzproblem an Hand der objektiven Bewertungen der Selbstverantwortung des jeweils handelnden Rechtssubjekts, die das Gesetz in §§ 185,164 ff vornimmt, gelöst werden[1].

§ 8 Einseitige Rechtsgeschäfte im eigenen Namen und ihr Wirksamwerden gemäß § 185 I,II Satz 1 Fall 1

I

1. Die scharfe systematische Unterscheidung zwischen Handeln in eigenem und in fremdem Namen wurde kritisiert, weil sie in besonderen Interessenlagen ihren ursprünglichen Schutzzweck nicht erfüllen kann. Die Notwendigkeit der teleologischen Interpretation der §§ 185,164 ff wird auch in folgendem Sachzusammenhang bestätigt.

Es handelt sich um die Unwirksamkeit von empfangsbedürftigen e i n s e i t i g e n R e c h t s g e s c h ä f t e n , die von einem Nichtberechtigten vorgenommen werden, wenn dieser weder durch seine Erklärung noch sein den Sinn der Erklärung beeinflus-

---

1) Müller-Erzbachs (Grundsätze der mittelbaren Stellvertretung, aus der Interessenlage entwickelt 1905) Versuch, ganz allgemein neben den Beziehungen zwischen dem mittelbaren Vertreter und seinem Geschäftsgegner auch noch eine Beziehung zwischen diesem und dem Vertretenen herzustellen, muß an dieser Stelle ebenfalls erwähnt werden. Wenn auch sein Versuch etwas zu weit geht, so sind seine Grundgedanken doch eine wertvolle Ergänzung zur behandelten Problematik.

sendes Verhalten zu erkennen gibt, daß er für einen anderen als für sich selbst handeln will. Das Wirksamsein nichtberechtigt vorgenommener Verfügungen gemäß § 185 I wird diskutiert, jedoch von einigen abgelehnt[1], die nachträgliche Konvaleszenz gemäß § 185 II Fall 1 wird allgemein von der Rechtsprechung und vom überwiegenden Teil des Schrifttums verneint[2]. Das angeschnittene Problem taucht vornehmlich bei einseitigen, empfangsbedürftigen Rechtsgeschäften auf, die unmittelbare Wirkung auf ein bestehendes Rechtsverhältnis bezwecken und deshalb als Gestaltungsakte zu den Verfügungen gezählt werden[3]. Zu ihnen zählen beispielsweise Einredeerhebungen (z.B. bei der Verjährung), Rücktritt, Widerruf, Anfechtung, Aufrechnung, insbesondere aber die Kündigung[4].

In der älteren Literatur[5] wird noch behauptet, auf einseitige Rechtsgeschäfte käme § 185 I,II Fall 1 nicht zur Anwendung, weil die Vorschrift zugunsten dessen bestimmt sei, a n d e n d e r G e g e n s t a n d durch die Verfügung des Nichtberechtigten gelange. Hiervon könne aber bei Kündigungen und überhaupt bei einseitigen Rechtsgeschäften nicht die Rede sein. Dies folge schon aus dem Begriff der Verfügung.

Ein großer Teil der Lehre hat jedoch den zutreffenden Ausgangspunkt gewonnen, die Kündigung zu den Verfügungen gerechnet[6] und damit das Problem der Konva-

---

1) so Palandt-Danckelmann § 185 Anm.1; vgl.auch Planck-Flad § 185 Anm.5; Oertmann § 185 Anm.6 mit Nachweisen; Warneyer § 185 Anm.II; insbesondere eingehend RG Recht 1924 Nr.1319
2) Rehbein Allg.Teil (1899) S.288; Clarus Seuff.Bl.64, 183; Planck,Oertmann aaO; RG 141,222; OLG 15,327; RG Recht aaO; RG 146,314;(316); RAG in Arbr.Sammlung 15,540(546); RAG aaO 37,235(236) RAG aaO 2o,126
3) anders Sohm, Der Gegenstand S.11 ff, der zwar die Verfügungswirkung der Gestaltungsgeschäfte anerkennt, sie aber als verfügende Gestaltungsgeschäfte von den Verfügungen unterscheidet;Molitor, Die Kündigung S.2
4) Molitor aaO
5) Simmon, Dissertation S.33
6) Molitor aaO S.2

leszenz nicht von vornherein abgeschnitten. Sieht man im übrigen nach der hier vorgeschlagenen Einordnung der befugten Verfügung des Nichtberechtigten in die Lehre vom Rechtsgeschäft eine rechtliche Regelung des Berechtigten, so ergibt sich hieraus ebenfalls, daß schon deshalb zu prüfen ist, ob auch einseitige Rechtsgeschäfte dem § 185 unterfallen. Zwar gelangt nach dem Begriff des Verfügungsgeschäfts in der Regel der Verfügungsgegenstand an den Geschäftsgegner, doch darf der Begriff der Verfügung das Kriterium für die Anwendbarkeit des § 185 nicht liefern. Sonst würde nämlich die sachliche Entscheidung von einer terminologischen - nämlich vom Begriff der "Verfügung" - abhängig gemacht und damit der vielfach kritisierte methodische Fehler begangen werden.

Ausgangspunkt muß vielmehr die Überlegung sein, daß die befugte Verfügung des Nichtberechtigten und das Geschäft des vertretungsberechtigten Vertreters Regelungen des Geschäftsherrn bzw. des Berechtigten sind. Nicht vom herrschenden B e g r i f f d e r V e r f ü g u n g her ist zu bestimmen, ob bei einseitigen Rechtsgeschäften § 185 angewendet werden darf, sondern vom Z w e c k der Norm her zu untersuchen, ob eine Heilung nichtberechtigter einseitiger Rechtsgeschäfte zulässig ist. Es geht also schließlich um die Frage, ob der V e r t r a u e n s s c h u t z des Geschäftsgegners die rückwirkende Konvaleszenz des einseitigen Geschäfts zuläßt, wenn ein befugter nicht Kündigungsberechtigter kündigt.

Der Sachzusammenhang ähnelt im Grunde der Frage, ob bedingte einseitige Erklärungen zulässig sind. Auch hier hat man längst erkannt, daß die Problematik nicht einfach mit dem Argument, einseitige Willenserklärungen seien bedingungsfeindlich, abgeschnitten werden kann. In gewissen Grenzen hält man es für erlaubt, sie an Bedingungen zu knüpfen. So wird von Leonhard gelehrt: Jede einseitige Erklärung dürfe bedingt sein,

wenn es dem Erklärenden weder zuzumuten sei, sie unbedingt abzugeben, noch sie ganz zu unterlassen, er sich also in einer Zwangslage befinde[1]. Brauer schlägt allerdings eine treffendere Formel zur Lösung des Problems vor: Bedingt dürfe man anfechten, rücktreten, kündigen, wenn man damit für seinen Gegner keine spürbare größere U n g e w i ß h e i t schafft, als wenn man bedingungslos erklärt. Auch Brauer geht also in dieser verwandten Problematik von dem Gesichtspunkt des V e r t r a u e n s s c h u t z e s aus!

2. Das Problem der Konvaleszenz nichtberechtigter einseitiger Erklärungen tritt besonders deutlich zutage, wenn ein nicht Kündigungsberechtigter ein fremdes Rechtsverhältnis kündigt. Ein Beispielfall zeigt die Interessenlage:

> E verkauft dem H am 1.III.1961 sein Grundstück mit einem Haus, in dem M als Mieter wohnt. Am 1.IV. kündigt der Käufer H dem Mieter, der keinen Mieterschutz geltend machen kann, nach vereinbarter Kündigungsfrist zum 1.VI. Sowohl M als auch H gehen zunächst davon aus, daß H das Recht zur Kündigung bereits besitzt. M macht sich auch weiter keine Gedanken darüber, daß H sein Kündigungsrecht gemäß § 571 I erst nach der Grundbucheintragung als neuer Eigentümer geltend machen kann[2]. Er richtet sich demgemäß auf die Beendigung des Mietsverhältnisses zum 1.VI.ein. Als er am 15.V.zufällig von der Rechtslage erfährt, beruft er sich darauf, daß die Kündigung unwirksam sei. Da H zu diesem Zeitpunkt noch nicht im Grundbuch eingetragen ist, genehmigt der Verkäufer E nunmehr die Kündigung, damit sein Käufer zum 1.VI. die Wohnung beziehen kann. Ist diese

---

1) Leonhard, Schuldrecht I S.240,266; ebenso Enneccerus-Lehmann 13.Bearb.§ 70 III 2 (267); Brauer, Zivilrechtsfall (1956) S.205
2) Palandt-Gramm § 571 Anm.4 A

Kündigung trotz Zustimmung des Berechtigten unwirksam?

Das Reichsgericht hat in Übereinstimmung mit der überwiegenden Meinung eine schwebende Unwirksamkeit der von H als noch-nicht-Eigentümer ausgesprochenen Kündigung abgelehnt. Das RG[1] räumt zwar ein, daß auch die Kündigung des H eine Verfügung sei, da auf dem bestehenden Mietvertrag unmittelbar eingewirkt werde. Ein Auftreten im eigenen Namen sei deshalb gerechtfertigt. Die Rückfiktion der Wirksamkeit der Kündigung gemäß §§ 185 II, 184 I könne aber nicht zugelassen werden. Eine Genehmigung als ungewisses Ereignis könne nicht die notwendige Sicherheit schaffen, daher könne dem anderen Teil nicht zugemutet werden, die wirtschaftlichen Vorbereitungen zu treffen, denen die Kündigungsfrist dienen solle[2]. "Wegen der dem Kündigungsempfänger sonst drohenden unbilligen Verletzung seiner Belange" wird die Anwendbarkeit des § 185 II auf die Kündigung verneint[3].

Aus den Entscheidungen des RG schließen viele Autoren[4] verallgemeinernd mit dem Hinweis auf die Gedanken der §§ 111,180, einseitige Gestaltungsgeschäfte seien schlechthin unwirksam, wenn sie im eigenen Namen vom Nichtberechtigten vorgenommen werden. § 180 besagt zwar, daß eine Kündigung eines Vertreters ohne Vertretungsmacht grundsätzlich nichtig ist. Hat jedoch der Kündigende die in Wahrheit nicht vorhandene Vertretungsmacht dem Kündigungsgegner gegenüber behauptet und hat dieser die Kündigung nicht zurückgewiesen oder hat der Kündigungsgegner die fehlende Vertretungsbefugnis gekannt und ist er damit einverstanden gewesen, daß die Kündigung einstweilen ohne Vertretungsmacht erfolgt, so kann diese kraft Genehmigung gemäß § 177 wirksam werden. Wie sich aus dem Gesetzessinn ergibt,

---

1) RG Recht 1924 Nr.1319; dazu auch RGR Kommentar 8.Aufl. § 185 Anm.4 mit Nachw.
2) RG 141,222 (223); 146,314 (316); OLG 15,327
3) vgl.in diesem Zusammenhang auch § 1367.
4) Lehmann Allg.Teil S.314;Palandt-Danckelmann §185 Anm.1

bezweckt § 180 ebenso wie § 111 allein den Schutz des Erklärungsempfängers. Daher ist der Rechtsprechung des Reichsgerichts grundsätzlich zuzustimmen, wenn der Gedanke aus den §§ 111,180 bei der Konvaleszenz einseitiger Rechtsgeschäfte angewendet wird.

3. Die verallgemeinernde Auffassung im Schrifttum läßt aber außer Acht, daß der Gedanke der §§ 111,180 nur insoweit verwendbar ist, als auch der Schutzzweck dieser Normen zum Zuge kommt. Handelt der Kündigende im eigenen Namen, und hatte - anders als im Beispielfall - der Gekündigte bei der Kündigung von der Einwilligung des Berechtigten (§ 185 I) Kenntnis, so muß die Kündigung wirksam sein, da der Erklärungsgegner nicht im Ungewissen gehalten wird[1]. Allerdings muß die Einwilligung gemäß §§ 182 III,111 dem Kündigungsgegner von dem Berechtigten mitgeteilt sein oder in schriftlicher Form bei der Kündigung vom Kündigenden vorgelegt werden. Andernfalls ist das Interesse des Gegners nicht gewahrt, sodaß er die Kündigung zurückweisen kann[2]. Zu demselben Ergebnis kommt v.Tuhr auf anderem Wege[3]. Deshalb irren die erwähnten Autoren, die "schlechthin"[4] eine Unwirksamkeit derartiger Verfügungen annehmen, den Gedanken in § 180 unvollständig interpretieren und damit die ebenfalls beachtlichen Interessen des Kündigenden ungerechtfertigt benachteiligen.

II

1. Vielschichtiger ist allerdings das Problem, ob auch die Kündigung eines Nichtberechtigten nach Genehmigung des wahren Kündigungsberechtigten gemäß § 185 II im Hinblick auf §§ 111,180 unwirksam sein muß. Während die ältere Literatur überwiegend eine

---

1) OLG 15,327
2) Molitor aaO S.92
3) Allg.Teil II 1 S.244
4) so Palandt-Danckelmann § 185 Anm.1

Heilungsmöglichkeit gemäß § 185 II ablehnt, äußern sich Sternberg[1], ferner Molitor[2] und Coing[3] zweifelnd.

Die Interessenlage wird in der Tat nicht genügend durchdacht, wenn eine Konvaleszenz für ausgeschlossen gehalten wird. Schutzwürdig ist der Kündigungsgegner nur dann, wenn er in eine ungewisse Situation gebracht wird. Hatte schon bei den Kommissionsberatungen[4] die allgemeine Formulierung der Schutzvorschrift des § 180 beachtliche Kritik erfahren, so bedarf sie bei ausdehnender Anwendung zumindest behutsamer Interpretation. Eine schwebende Unwirksamkeit sollte daher nur dann abgelehnt werden, wenn der Erklärungsgegner in irgend einer Beziehung auch Rücksicht verdient, insbesondere auch Unzuträglichkeiten ausgesetzt wird, die bis zur Entscheidung über die Erteilung oder Verweigerung der Genehmigung durch Ungewißheit entstehen. Da im Beispielfall M zur Zeit der Kündigungserklärung nicht den geringsten Zweifel hegte, daß H als Berechtigter verfügte, richtete er sich auf die Räumung ein und erlitt keinerlei Unzuträglichkeiten. Soll M etwa aus einer Rechtslage Vorteile ziehen, obwohl er nach dem normativen Willen des Gesetzgebers (§§ 111 S.2, 180 S.2) gerade keinen Schutz verdiente?

2. Zweckentsprechend ist daher eine Auslegung des § 180, die den Wertungen des Gesetzgebers in Satz 2 der Vorschrift den gebührenden Rang einräumt. Man sollte im Hinblick auf Satz 2 die Kündigung des Nichtberechtigten auch dann wirksam werden lassen, wenn der Kündigungsempfänger die Nichtberechtigung gar nicht in Betracht zieht, sich auf die Kündigung einstellt und ohne Beanstandung die Frist bis zur Vertragsaufhebung zur Wahrnehmung seiner wirtschaftlichen Interessen verwendet[5].

---

1) Sternberg JW 1928,3056
2) Molitor, Kündigung S.92 ff
3) Staudinger-Coing § 185 Randn.6
4) Prot.I S.169 ff
5) vgl.den Gedanken in RG 141,222 ff

Ebenso ist der Fall zu behandeln, wenn der Nichtberechtigte ohne Kündigungsrecht kündigt, der andere dies auch weiß und trotzdem in Erwartung einer Genehmigung sich auf die Räumung zum festgesetzten Zeitpunkt einstellt. Es hieße in diesem Fall die Interessen des Nichtberechtigten als künftigen Rechtsinhaber (Hauseigentümer) benachteiligen, wollte man mit den in §§ 111 S.1,180 S.1 typisierten Schutzgedanken zugunsten des Gegners die einseitige Verfügung unwirksam sein lassen, obwohl der Sinn der Frist bis zum Räumungstermin durchaus gewahrt ist, der Gegner also gar keines Schutzes bedarf[1]. Es ist also nicht einzusehen, weshalb M sich auf die Unwirksamkeit der Kündigung berufen darf, denn der Schutzzweck des § 180 - ebenso der des § 111 - kommt nicht zum Zuge. Die Kündigung muß also wirksam werden.

In späterem Zusammenhang ist die Frage zu erörtern, ob einseitige Gestaltungsgeschäfte auch gemäß § 185 II Satz 1 Fälle 2 und 3 konvaleszieren können[2].

---

1) vgl.die begriffsjuristische, abweichende Argumentation von Simmon, Dissertation S.33
2) vgl.unter § 9 am Ende

§ 9 Die Konvaleszenz nach § 185 II S.1 F.2,3 Das Problem der Analogie bei Verfügungen in fremdem Namen

I

1. Die Erkenntnis, daß in §§ 185,164 zwei verschiedene Prinzipien niedergelegt sein sollen, ist die eigentliche Ursache für die Auffassung der heute überwiegenden Meinung, daß eine Konvaleszenz gemäß § 185 II Fälle 2,3 bei Verfügungen eines Vertreters ohne Vertretungsmacht ausgeschlossen sei[1]. Die Vertreter dieser Meinung stellen nämlich bei der Ablehnung der Konvaleszenz nach § 185 II F.2,3 gar nicht die Frage, ob eine analoge Anwendung der Norm in Betracht zu ziehen ist. Ihre Argumente sind rein begriffsjuristisch,wenn sie auf die Voraussetzungen des § 185 einerseits, die des § 177 andererseits hinweisen und damit das Ergebnis als gerechtfertigt ansehen[2]. Man geht somit gerade bei derartig vielschichtigen Tatbeständen wie § 185 II F.2,3 über die Verschiedenartigkeit der Interessenlagen und "Richtigkeitsprinzipien" hinweg, die bei der Konvaleszenz von Handlungen in fremdem Namen ebenfalls auftreten können. Bei dieser Kritik soll nicht verkannt werden, daß eine teleologisch wertende Interpretation des § 185 II F.2,3 an die Praxis außerordentlich hohe Anforderungen stellt. Der entscheidende Widerstreit zwischen Gerechtigkeit und Rechtssicherheit tritt beim Problem der analogen Anwendung des § 185 II

---

1) Die in diesem Zusammenhang häufig zitierte Entscheidung RG HRR 1934 Nr. 1276 weist lediglich auf die Voraussetzung des § 177 (H.i.fremdem Namen) und die des § 185 (H.i.eigenem Namen) hin. Ohne kritische Stellungnahme Staudinger-Coing § 185 Randn.4; Erman-Böhle-Stamschräder § 185 A.5;Palandt-Danckelmann § 185 A.2;Achilles-Greiff § 185 A.1;RGR Komm § 185 A.11; Eccius, Gruchot 49,152 Bayr.OLG NJW 56,1279; OLG München JFG 22,14; LG München I DNotZ 5o,33 Schmidt, Das Wirksamwerden der Verfügung eines Nichtberechtigten, Diss.1919 S.34

2) Bayr.OLG aaO

F.2,3 besonders krass zutage. Gerade deshalb muß es unternommen werden, im Zuge einer Interpretation dieser Bestimmung aus den Zweckvorstellungen des Gesetzgebers den Versuch zur Lösung des auftauchenden Konfliktes zu machen.

Es handelt sich im Grunde um die von Radbruch[1] betonte Maßfrage: Wenn durch eine rein positivistische Entscheidung aus dem System der §§ 164,185 heraus ein derartiges Maß an Ungerechtigkeit erreicht wird, daß die im positiven Recht verbürgte Rechtssicherheit gegenüber dieser Ungerechtigkeit überhaupt nicht mehr ins Gewicht fällt, in diesem Fall muß man zu einer entsprechenden Anwendung des § 185 II Fälle 2 und 3 bei Verfügungen eines Vertreters ohne Vertretungsmacht kommen. Der Weg zu einer solchen Lösung ist allerdings von vornherein versperrt, wenn in der streng begrifflichen Subsumtion unter §§ 164,177 einerseits, § 185 andererseits die Rechtssicherheit überbetont wird. Wendet man sich von dieser rein begrifflich-konstruktiven Interpretation einer wertenden zu, so steht am Anfang der Untersuchung die Frage, für welchen Interessenkonflikt die §§ 185,164,177 jede für sich gedacht sind.

2. Aus der Fülle der Anwendungsmöglichkeiten des § 185 II F.2,3 soll zunächst das charakteristische Beispiel herausgegriffen werden.

> Ein leichtsinniger Sohn (H) veräußert an den Käufer (K) einen wertvollen Ring, der seinem Vater (E) gehört. Bei dem Abschluß des Vertrages mit K weist H darauf hin, daß er von seinem Vater E zu der Veräußerung mündlich bevollmächtigt sei. In Wirklichkeit handelte H jedoch ohne Vollmacht.
>
> Nach einem Jahr stirbt der Vater E, ohne von dem

---

1) Einführung in die Rechtswissenschaft S.42; Rechtsphilosophie S.173; Coing, Die obersten Grundsätze des Rechts S.144

Ringverkauf etwas gehört zu haben und hinterläßt seinen Sohn als alleinigen gesetzlichen Erben. Alsbald erhebt der Sohn Klage gegen den Käufer des Ringes auf Herausgabe (§ 985), da er - inzwischen zu Geld gekommen - den nicht gerade günstigen Verkauf bereut. Ist sein Anspruch begründet?

3. Wie angedeutet, argumentiert die h.L. allein begrifflich, wenn sie eine Konvaleszenz der Verfügung des vollmachtlosen H durch Beerbung des E gemäß § 185 II Fall 2 ablehnt, weil § 185 eine Verfügung im eigenen Namen voraussetze. Habe der Verfügende für einen anderen gehandelt, so läge darin ein Handeln ohne Vertretungsmacht; dies Rechtsgeschäft könne allein durch die Genehmigung dessen, für den er tätig geworden sei, wirksam werden (§177). Aus dieser in lapidarer Kürze abgegebenen Begründung der h.M. folgt allerdings nicht, daß auch eine analoge Anwendung des § 185 II F.2 in jedem Fall ausgeschlossen wird. Der überwiegende Teil der Literatur ist aber offenbar der Meinung, die scharfe Trennung zwischen § 185 II und § 177 sei deshalb notwendig, weil die Unterscheidung zwischen Handeln in eigenem Namen und Handeln in fremdem Namen derartig Gemeingut der Rechtslehre geworden sei, daß schon Stabilitätsinteressen einer erweiternden Auslegung des § 185 II Fall 2 entgegenständen. Man erörtert deswegen garnicht die Frage, ob es mit dem Sinn und Zweck der schwebenden Unwirksamkeit gemäß § 177 I vereinbar ist, wenn sie durch ein Ereignis wie den Tod des E beendet wird und daraus letzten Endes - wie sich im Beispielfall zeigt - d e r E r b e H den V o r t e i l z i e h t . Aus dem Widerrufsrecht des § 178, das hier dem K zusteht, läßt sich beweisen, daß der falsus procurator H bis zur Entscheidung des Vertretenen an den Vertrag gebunden sein soll[1]. Er war es, der die "Ge-

1) Enneccerus-Nipperdey Allg.T. § 183 I 2

fährdung des Rechtsverkehrs"[1] herbeiführte, weil er nach außen eine angebliche Bevollmächtigung seitens des E vorspiegelte. Durch den zufälligen Tod des E zieht ausgerechnet er den Nutzen, obwohl das Gesetz gerade ihn an seinen Erklärungen festhalten will[2].

II

1. In der neueren Literatur schlagen daher Nipperdey[3] und Lehmann[4] die analoge Anwendung des § 185 II in seinen beiden letzten Varianten auf Verfügungen in fremdem Namen vor. Während Nipperdey keine Begründung gibt, weist Lehmann darauf hin, das Gesetz habe in § 177 eine Konvaleszenz durch Genehmigung des Vertretenen ausdrücklich anerkannt, daher sei die Anwendbarkeit aller in § 185 II geregelten Konvaleszenzfälle auf das Handeln in fremdem Namen gerechtfertigt. Dieser einfache, auf den ersten Blick bestechende Schluß Lehmanns erscheint jedoch bedenklich. Abgesehen davon, daß sich die erste Konvaleszenzvariante des § 185 II bereits äußerlich dadurch von den übrigen Fällen unterscheidet, daß die heilende Wirkung ex tunc, während sie in den Varianten 2 und 3 lediglich ex nunc eintritt[5], liegt ein erheblicher Unterschied zwischen den einzelnen Fällen vor, der einer Gleichstellung entgegensteht[6].

In den Fällen der Einwilligung und Genehmigung beruht das Wirksamwerden der Verfügung auf dem Bestimmungsrecht des Berechtigten, nur sie verwirklicht den von den Parteien gewollten Erfolg. Anders liegen die Fälle der Konvaleszenz durch Erwerb und Beerbung. Hier kommt es auf den Willen der Beteiligten gar nicht

---

1) Enneccerus-Nipperdey § 183 I S.1123
2) vgl.die Argumentation des Bayr.OLG aaO
3) Enneccerus-N. Allg.T. S.1246 § 204 V 3
4) Lehmann Allg.Teil S.314
5) Staudinger-Coing § 185 Anm.II 2
6) vgl.hierzu auch Hagen, Der Zusammenhang von Verfügungs- und Verpflichtungsgeschäft in § 185 II, Diss.Kiel 1958 S.1 ff

an, vielmehr müssen sie die einmal getroffene Regelung kraft positiver gesetzlicher Normierung gegen sich gelten lassen[1]. Die Rechtsänderung knüpft an Tatsachen an, die mit dem unwirksamen Rechtsgeschäft selbst nichts zu tun haben und allein die gesetzliche Regelung läßt mit ex nunc Wirkung das neue Recht entstehen. Der Parteiwille, der gerade nicht imstande war, die gewollten Rechtswirkungen hervorzurufen, bildet hierfür nur die Voraussetzung, das wirksame Moment sind jene erst später eintretenden Umstände[2]. Die S e l b s t v e r a n t w o r t u n g des Handelnden wird in den beiden letzten Konvaleszenzvarianten vom Gesetzgeber unter völlig anderen Gesichtspunkten behandelt als in den ersten Fällen. Es zeigt sich also, daß sich die Fälle 2 und 3 von dem Fall der Konvaleszenz durch Zustimmung unterscheiden[3]. Die rationes der Konvaleszenz in § 185 I,II F.1 einerseits, Absatz II F.2,3 andererseits sind derartig verschieden, daß die von Lehmann vorgeschlagene Analogie die Interessenlagen zu sehr gleichschaltet. Seine Überlegungen scheiden daher für die weitere Betrachtung aus.

2. Die Unbilligkeit des von der h.L. vorgeschlagenen Ergebnisses aus strenger Gesetzesauslegung ist zuerst mit beachtlicheren Argumenten durch v.Tuhr aufgedeckt worden[4]. Nach seiner Ansicht können Verfü-

---

1) Allerdings kann ein Vertrag die schwebende Unwirksamkeit beseitigen, vgl.Motive I Bd.2 S.139. Vgl. auch im einzelnen Hagen, aaO

2) Epstein, Exceptio rei venditae et traditae Diss. Leipzig 1904 S.33

3) Staudinger-Coing § 185 Randn.2 spricht von den beiden letzten Konvaleszenzvarianten als einer "lex fugitiva", da sie mit Einwilligung und Genehmigung an sich nur soweit etwas zu tun hätten, als sie zur gemeinsamen "Kategorie der Konvaleszenz" gehören. Vielleicht wäre es sachgemäßer gewesen, wenn der Gesetzgeber die Genehmigung zusammen mit der Einwilligung in § 185 I geregelt hätte, anstatt rein äußerlich darauf abzustellen, in welchem zeitlichen Verhältnis zu der Verfügung der Umstand eintritt, an den sich das Wirksamwerden knüpft.

4) v.Tuhr Allg.Teil II 2 S.446

gungen eines Vertreters ohne Vertretungsmacht außer durch Genehmigung auch dadurch wirksam werden, daß der Vertreter den Vertretenen beerbt bzw. den Gegenstand seiner Verfügung nachtraglich erwirbt. § 185 II beziehe sich zwar in erster Linie auf Verfügungen im eigenen Namen über fremde Rechte, sei aber auch auf Verfügungen eines Vertreters anwendbar. Er schlägt die analoge Anwendung des § 185 II vor und will auch Verpflichtungen, die ein Vertreter namens des Vertretenen ohne Vertretungsmacht eingegangen sei, dadurch konvaleszieren lassen, daß der Vertreter den angeblich Vertretenen beerbt oder von diesem ohne Beschränkung der Haftung beerbt wird[1].

Offenbar im Anschluß an v. Tuhr glaubt auch Oertmann[2] eine entsprechende Anwendung des § 185 II annehmen zu müssen, wenn der falsus procurator den angeblich Vertretenen nachträglich beerbt. Er befürwortet die analoge Anwendung des § 185 II jedenfalls dann, wenn der Geschäftsgegner (K) den H unter den Voraussetzungen des § 179 auf Erfüllung in Anspruch nimmt. Dies bedeute nämlich, daß er "wie ein Verfüger im eigenen Namen behandelt" würde. Dies dürfte nach seiner Auffassung wohl dahin führen, daß die in fremdem Namen vorgenommene Verfügung wie eine im eigenen Namen getroffene behandelt werden und unter den Voraussetzungen des § 185 II F. 2,3 wirksam werden müsse. Beide Autoren halten also ein Wirksamwerden der Verfügung des H aus der "ratio"[3] des § 185 für möglich, weil dies dem Interesse des K entspräche.

---

1) Ohne Konvaleszenz könne der Gegner bei gutem Glauben des Vertreters nur das negative Interesse ersetzt verlangen (§ 179 II). Der Vertreter könne daher, wenn er z.B. eine Sache des Vertretenen ohne Vertretungsmacht an X vermietet hat und nachher ersteren beerbt, dem X die Sache wieder abnehmen. Dies widerspräche "zweifellos" der ratio des § 185 II; v. Tuhr aaO Anm.76

2) Oertmann § 185 Anm.7

3) so ausdrücklich v.Tuhr aaO

Für die Auffassung dieser Autoren spricht, daß die ursprüngliche ratio der Konvaleszenz i.S. des heutigen § 185 II F.2,3 der Sieg des"iustum et aequum" über das "ius strictum", also Billigkeitserwägungen waren. Jedoch ist zu bedenken, daß einer einfachen Billigkeitsentscheidung nach § 185 II, wie die erwähnten Autoren sie vorschlagen, heute die erwähnten beachtlichen dogmatischen Schranken entgegenstehen. Da es sich aber auch hier um einen zweifelhaften und besonderen Fall handelt, muß der Inhalt der heute bestehenden Dogmen erforscht werden, indem auf den historischen Willen des Gesetzgebers zurückgegangen wird. Als "Wille des Gesetzgebers" darf wiederum nicht der psychologische Wille der bei der Gesetzgebung beteiligten Personen, sondern allein der normative Wille, soweit er als Wertung im Gesetz zur Geltung gelangt ist, angesehen werden[1].

III

1. Ausgangspunkt ist die im historischen Teil der Untersuchung gemachte Feststellung, daß sowohl der Fall der Konvaleszenz durch nachfolgenden Erwerb des Verfügungsobjektes als auch der Fall der Konvaleszenz durch Beerbung des Nichtberechtigten praktikable Fortentwicklungen der Lehre von der exceptio rei venditae et traditae sind. Nach römisch-gemeinem Recht kam es bei der Konvaleszenz darauf an, daß die Sache verkauft (res vendita) und übergeben (res tradita) war. Im Fall des Erwerbs durch den Nichtberechtigten wurde aus Äquitätserwägungen dem Geschäftsgegner die exceptio rei v. et tr. gegeben, deren relative Wirkungen vom Gesetzgeber des BGB zur absoluten Wirkung verstärkt wurde, indem er automatischen Eigentumsübergang anordnete. Der Gesetzgeber des BGB ging davon aus, daß der Nichtberechtigte für die von ihm bestimmte Regelung einstehen

1) Heck AcP 112 S.64,65

muß, weil der Selbstbestimmung die Selbstverantwortung entspricht. Im Gesetz wurde allerdings der Konvaleszenzgrund: Selbstverantwortung einer selbstbestimmten Regelung in § 185 II S.1 Fall 2 nicht deutlich zum Ausdruck gebracht. Daher sieht die heute h.L. den Konvaleszenzgrund nicht in der Selbstverantwortung des Nichtberechtigten, sondern in der von ihm vorgenommenen Verfügung[1].

Jedoch liefert § 185 II S.1 Fall 3 den Anknüpfungspunkt für die Erforschung des normativen Willens des Gesetzgebers in den b e i d e n letzten Varianten des § 185 II S.1, weil sowohl der Fall des Erwerbs als auch der Fall der Beerbung als Konvaleszenztatbestände den g l e i c h e n h i s t o r i s c h e n H i n t e r g r u n d haben. Die dritte Variante des § 185 II S.1 lautet nämlich: Die Verfügung wird wirksam, wenn der Verfügende von dem Berechtigten beerbt wird "und dieser für die Nachlaßverbindlichkeiten unbeschränkt haftet".

Die Betrachtung dieses Textes zeigt, daß nach den Wertungen des Gesetzgebers ebenso wie im gemeinen Recht das Bestehen einer Verbindlichkeit Voraussetzung für den Eintritt der Konvaleszenzwirkungen sein sollte. Eine Haftung kann nur dann eine so entscheidende Rolle spielen, wenn es auf den Bestand einer entsprechenden Verbindlichkeit - für eine solche kann nur gehaftet werden - ankommt[2]. Der Hinweis des Gesetzestextes auf die Nachlaßverbindlichkeiten zeigt die Bedeutung des obligatorischen Momentes in § 185 II F.2,3 an, das der Gesetzgeber beachtet wissen wollte. Wie angedeutet, steht in unvereinbarem Gegensatz zu dieser deutlich erkennbaren "ratio legis" die heute h.L. Soweit sie überhaupt auf die Frage nach dem eigentlichen Konvaleszenzgrund in § 185 II F.2,3 eingeht, wird ohne nähere Be-

---

1) Staudinger-Coing § 185 A.6 b; Planck § 185 A.7; Lehmann Allg.Teil S.312; Enneccerus-Nipperdey (1955) S.891; Epstein aaO S.31

2) so zutreffend Hagen aaO S.18 ff.

gründung die Auffassung vertreten, das "Zusammentreffen von Berechtigung und Verfügung" sei die Ursache des Wirksamwerdens der Verfügung des Nichtberechtigten. Eine Unstimmigkeit taucht auf, wenn man berücksichtigt, daß die Vertreter dieser Meinung gerade den historischen Zusammenhang der Konvaleszenz mit der römisch-gemeinrechtlichen exceptio rei venditae et traditae anerkennen. Ebenso wie der Gesetzgeber[1] knüpfen jedoch diese Autoren an die vom Nichtberechtigten vorgenommene schwebend unwirksame Verfügung an und stellen für den Eintritt der Konvaleszenz nicht auf die Verpflichtung ab.

Zwar könnte auch das Abstraktionsprinzip gerade bei der Konvaleszenz in den letzten Varianten des § 185 II eine gewisse Berechtigung haben. Die Rechtssicherheit soll nach h.L. bei der Konvaleszenz den Vorrang haben. Aber die im Gesetz selbst zum Ausdruck gebrachte "ratio legis" darf nicht übersehen werden. Der eigentliche gesetzliche Grund der Konvaleszenz ist allein aus seiner Entwicklung aus einem Einredetatbestand zu begreifen. Angesichts dieses eindeutigen Motivs des Gesetzgebers entsteht für die Praxis die entscheidende Frage, wieweit sie bei der Behandlung des vorliegenden Grenzfalles auf den ursprünglichen Gedanken der Konvaleszenz zurückgehen darf. Es liegt nämlich nahe, die Leitgedanken der erwähnten Anwendungsfälle der exceptio rei v.et tr. hier heranzuziehen, um allein aus Gründen der Äquität zu einem gerechten Ergebnis zu kommen. Eine derartige Entfernung von der Normierung in § 185 II kann jedoch allzuleicht zu einer freirechtlichen Eigenwertung durch den Richter führen. Eine vom organisch aufgebauten Gesetzessystem entfernte kasuistische Betrachtung liefe Gefahr, als Zufallsrechtsfindung der "Rechtsverwirrung und Richterwillkür Tür und Tor zu öffnen"[2].

---

1) Motive I Bd.2 S.139
2) Boehmer, Grundlagen II 1 S.189

Das aufgeworfene Grenzproblem um § 185 II ist vornehmlich aus der Einsicht zu entscheiden, "daß Festigkeit und Sicherheit durch das logische Element im Recht, durch ein gewisses Maß von Abstraktion zu erreichen ist"[1].

2. Treffend hat Hagen[2] aufgezeigt, wie das Reichsgericht und der Bundesgerichtshof entwickelt haben, daß allein die Selbstverantwortung des Nichtberechtigten bzw. des für seine Handlungen unbeschränkt haftenden Erben der eigentliche Konvaleszenzgrund ist[3]. Auch nach Auffassung des Reichsgerichts liegt der legislatorische Grund für die Vorschrift des § 185 II F.3 darin, daß im Fall der unbeschränkten Erbenhaftung eine V e r e i n i g u n g v o n R e c h t u n d P f l i c h t in der Person des Erben eintritt. Der Erbe könne die ihm gehörige, vom Erblasser einem Dritten übertragene Sache von diesem nicht herausverlangen, "weil er sie infolge der auf ihn übergegangenen Herausgabepflicht des Erblassers sogleich wieder zurückgeben müßte". Billigkeitserwägungen kommen nach dieser Auffassung deshalb zum Zuge, weil eine V e r s c h a f f u n g s - oder H e r a u s g a b e p f l i c h t des Erben gegenüber dem Dritten festgestellt werden kann. Damit wäre einer schrankenlosen Billigkeitsrechtsprechung im Bereich des § 185 II eine sichtbare Grenze gesetzt.

Der Satz des RG, die "ratio" der Konvaleszenz im § 185 II F.3 sei die nachträgliche Vereinigung von Recht und Pflicht, kann nur durch den Nachweis widerlegt werden, daß es zu einer solchen Vereinigung in der Person des unbeschränkt haftenden Erben garnicht gekommen ist[4]. Der Erbe müßte dann nicht persönlich zur Leistung verpflichtet sein, sondern nur mit seinem Vermögen - d.h. mit dem Nachlaß als Sondervermögen -

---

1) Rümelin, Die Billigkeit im Recht S.81
2) vgl. Hagen aaO
3) RG 110,95 ff; BGH LM Nr.1 § 2113
4) so richtig Hagen aaO S.19,31 ff

dem Vollstreckungszugriff eines Gläubigers unterworfen sein. In diesem Fall bestünde die vom RG als "ratio" der Konvaleszenz angegebene "Herausgabe" oder Verschaffungspflicht des Erben nicht. Es kommt für die Richtigkeit der Auffassung des RG auf die Frage an: Schuldet der Erbe oder haftet er nur? Es kann im Rahmen dieser Untersuchung nicht näher auf die Entwicklung der Begriffe Schuld und Haftung im römischen und gemeinen Recht eingegangen werden[1]. Festgestellt werden soll nur, daß diese Begriffe im geltenden Recht noch umstritten sind, weil sie in unterschiedlicher Bedeutung gebraucht und im BGB nicht streng getrennt werden[2].

Für den Fall der unbeschränkten Erbenhaftung sind sich im Ergebnis die meisten Autoren darin einig, daß das Vermögen des Erben nicht nur dem Gläubigerzugriff unterliegt, der Erbe also nicht nur haftet, sondern auch schuldet, mithin eine Leistung erbringen soll. Die überwiegende Lehrmeinung betrachtet die Schulden als "negative Vermögensbestandteile" und schließt dementsprechend die Nachfolge des Erben in die Nachlaßverbindlichkeiten unmittelbar aus der Universalsukzession des § 1922[3]. Diese Auffassung wird mit dem Argument zu widerlegen versucht, sie könne die Vorschrift des § 1967 nicht erklären[4]. Die Norm erscheint vom Standpunkt dieser Lehre überflüssig. Treffend geht die Kritik davon aus, daß § 1922 nur vom Übergang der Aktivrechte spricht und in § 1967 nur die notwendige Ergänzung findet. Es mag dahingestellt bleiben, ob beide Lö-

---

1) vgl.v.Gierke, Schuld und Haftung im älteren Deutschen Recht 1910; Brinz, Pandekten II §§ 209,210
2) Ennecc.-Lehmann § 2 III; Planck-Siber Vorbem.III A 2
3) Planck-Flad § 1922 Anm.2 a; Staudinger-Herzfelder § 1922 Anm.IV; Crome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts I § 31,1 und V § 641 Anm.18; Endemann III 1 § 3; II b 2 und III 3,4
4) Enneccerus-Nipperdey § 131 I 4 Anm.12 (1955); Binder, Rechtsstellung des Erben I S.7 - 22

sungsversuche rechtsphilosophisch oder dogmatisch verfehlt sind[1], weil "aus dem bloßen Übergang einer gleichviel durch welchen Beziehungspunkt zusammengeballten Masse von Vermögensgegenständen" sich niemals die Rechtswirkung herleiten lasse, daß der Vermögenserwerber "auch in alle durch ein neues Pflichtsubjekt überhaupt fortsetzbaren, nicht höchstpersönlichen Pflichten .. des Vorgängers eintritt[2]". Nach der Regelung des BGB besteht das Wesen der Erbfolge jedenfalls nicht in der Vermögensübernahme, sondern in der Universalsukzession des Erben in die gesamte, durch eine andere Person fortsetzbare rechtliche Stellung des bisherigen Rechts- und Pflichtenträgers[3]. Im Ergebnis stehen alle theoretischen Begründungsmöglichkeiten insoweit miteinander in Einklang, als der unbeschränkt haftende Erbe in demselben Maße persönlich zur Leistung verpflichtet wird, wie es der Erblasser war. Der Satz des Reichsgerichts, Recht und Verpflichtung vereinigten sich in der Person des Erben, hat also seine dogmatische Berechtigung.

Daraus ergibt sich auch klar, weshalb die schwebend unwirksame Verfügung nicht auch bei beschränkter Haftung des Erben heilen soll. In diesem Fall ist nämlich die Erbenhaftung gegenständlich auf den Nachlaß beschränkt[4]. Im Gegensatz"zur persönlichen Haftung" erstreckt sich das Zugriffsrecht des Gläubigers nur auf das Sondervermögen als Haftungsgrundlage. Die These des RG stimmt also mit dem normativen Willen des Gesetzgebers überein.

3. Demgegenüber werden in der älteren Literatur die verschiedensten Ansichten darüber vertreten, welches die "ratio" des § 185 II F.2,3 sei. Wohl besteht Einigkeit darüber, daß die vereinfachende Regelung der Konvaleszenz im BGB gegenüber der wenig praktikablen gemein-

---

1) Staudinger-Boehmer § 1922 Anm.77
2) Boehmer, Der Übergang des Pflichtenlebens des Erblassers auf die Erben in RG Festgabe der jur.Fakultäten 1929 S.249
3) ders. aaO S.247
4) Hagen, Dissertation S.27

rechtlichen als ein Fortschritt zu werten ist. Es gelingt der älteren Lehre aber nicht, durch eine zweckerforschende Interpretation des Gesetzestextes die wertenden Vorstellungen zu ermitteln, die sich der Gesetzgeber über die Konvaleszenz in diesem Fall gemacht hat, vor allem aber die Praktikabilitätserwägungen festzustellen, die ihn bei der Normierung geleitet haben.

Crome[1] und Endemann[2] sehen den Konvaleszenzgrund darin, daß es gegen Treu und Glauben verstoßen würde, wenn der Nichtberechtigte nach dem Erwerb des Gegenstandes im Wege der Universalsukzession die Genehmigung verweigern und so die dingliche Rechtsänderung vereiteln würde. Da der Nichtberechtigte also die Genehmigung aus Billigkeitsgründen erteilen müsse, habe das Gesetz vereinfachend bestimmt, daß sich das Wirksamwerden der Verfügung unmittelbar an den Erwerb des Gegenstandes knüpfe. Indem diese Autoren bereits auf die ursprüngliche Triebfeder bei der Entstehung der gemeinrechtlichen exceptio r.v.et tr. zurückgreifen, übersehen sie jenes Hilfsmittel, das ihnen in der zweckerforschenden Ausschöpfung des gesetzlichen Normtatbestandes noch zur Verfügung steht[3]. Wohl sollte § 185 II F.2,3 ursprünglich Billigkeitserwägungen zum Sieg verhelfen, doch hat die Norm in ihrer jetzigen Fassung vor allem die Aufgabe, in einer unübersichtlichen Situation eine eindeutige dingliche Rechtslage zu schaffen. Der Gesetzgeber wollte Gerechtigkeits- und Zweckmäßigkeitserwägungen praktisch zum Zuge kommen lassen, indem er - nach der treffenden These des RG - allein an die entsprechende Verpflichtung die Konvaleszenzwirkungen knüpfte.

Gleichsam findet der alte römische Äquitätsgedanke nur auf "dem Rücken" einer entsprechenden Verschaf-

---

1) Crome I S.372
2) Endemann III 1 § 83 Nr.3
3) zum Auslegungsproblem grundsätzlich Boehmer, Grundlagen II 1 S.189

fungspflicht im BGB Eingang. Von dieser "relativen" Bewertung muß bei der Anwendung des § 185 II F.2,3 ausgegangen werden[1].

Nach v.Tuhr[2] beruht die Konvaleszenz im Falle der Beerbung auf dem Gedanken, daß der Erbe, weil er in die Rechtsstellung des Erblassers eintrete, für dessen Handlungen einzustehen habe. Daher werde die Verfügung des Erblassers über einen dem Erben gehörenden Gegenstand solange nicht wirksam, als dieser die Beschränkung der Haftung herbeiführen kann. Damit formuliert v.Tuhr zwar noch nicht scharf die vom Gesetzgeber normierte Bewertung, doch mißt er dem Einstehenmüssen des Erben für die Handlung des Erblassers, insbesondere für dessen eingegangene Verbindlichkeiten entscheidende Bedeutung zu. Er berücksichtigt also, daß der Erwerberschutz im römischen und gemeinen Recht eben nur dann eingreifen sollte, wenn eine entsprechende Verschaffungspflicht des Erben besteht. Seine Auffassung kommt also der oben entwickelten "ratio" des § 185 II F.2,3 sehr nahe.

Die erörterten Meinungen kommen also letztlich zu dem Schluß, daß die in § 185 II S.1 Fälle 2 und 3 bezweckte Billigkeitsentscheidung nur dann gefällt werden soll, wenn eine Erfüllungspflicht seitens der Erwerber und der Erben vorhanden ist. Wie erörtert, muß dies für beide Fälle des § 185 II deshalb gelten, da beide den gleichen historischen Hintergrund haben. Die h.L. überspitzt demgegenüber den Gedanken der Rechtssicherheit und Praktikabilität weit über den vom Gesetzgeber erkennbar gewollten Rahmen, wenn sie in dem "Zusammentreffen von Berechtigung und Verfügung" den Konvaleszenzgrund sieht[3]. Durch eine Überbetonung

---

1) Radbruch, Einführung S.43
2) v.Tuhr, Allg.Teil II 1 S.383,384
3) Die von Hagen (Dissertation S.34) treffend als "compositum mixtum" bezeichnete Auffassung von Schmidt (Dissertation S.83) besitzt keine Originalität und bleibt unerörtert.

des Abstraktionsprinzips in § 185 II, der auch ohne dies Moment der Rechtssicherheit bereits ein Kompromiß zwischen diesem Rechtselement einerseits, Gerechtigkeit und Zweckmäßigkeit andererseits darstellt, wird der Sinn des § 185 II verzerrt. Nur die im Anschluß an das RG aus historischer und teleologischer Interpretation gewonnene "ratio" kann den Weg zu einer Entscheidung des Beispielfalles weisen:

> Konvaleszenzgrund in den beiden letzten Varianten des § 185 II S.1 ist die Verschaffungs- also die E r f ü l l u n g s p f l i c h t des erwerbenden Nichtberechtigten bzw. des für seine Handlungen unbeschränkt haftenden Erben![1)]

IV

1. Hat H als Vertreter ohne Vertretungsmacht im Namen seines Vaters den Kaufvertrag abgeschlossen und den Ring gemäß § 929 "übereignet", so steht zunächst dem Vater das Entscheidungsrecht zu, den schwebend unwirksamen Kauf- und Übereignungsvertrag durch seine Genehmigung wirksam zu machen oder durch Verweigerung seiner Genehmigung endgültig nichtig werden zu lassen. Stirbt der Vater des H aber, o h n e v o n s e i n e m E n t s c h e i d u n g s r e c h t G e b r a u c h gemacht zu haben, so könnte an sich das Wahlrecht des Erblassers gemäß § 1922 im Wege der Universalsukzession auf seinen Erben übergehen, da es sich um kein höchstpersönliches Recht handelt. Hatte der Vater das Entscheidungsrecht gehabt, so ist damit allerdings noch nicht gesagt, ob der Sohn dies Entscheidungsrecht auch ausüben darf!

Sieht man nämlich den eigentlichen Konvaleszenzgrund in § 185 II F.2,3 in der besonderen Bewertung der Verantwortung des Handelnden, der die selbstbestimmte Regelung auch e r f ü l l e n muß, so ist

---

1) im Ergebnis ebenso Hagen, Dissertation S.40 ff

entscheidend, daß im Regelfall des § 185 II F.2 Berechtigung und Verschaffungspflicht zusammenfallen, während sich im Beispielfall Berechtigung und das Entscheidungs"recht" über die Wirksamkeit des Kauf- und Übereignungsvertrages in der Person des H vereinen. Der Regelfall und der vorliegende Lückenfall müssen nun beide vom Normzweck des § 185 II F.2 gesehen werden, damit ein interessengemäßes Ergebnis erreicht wird. Sieht man das Wesentliche dieser Vorschrift in der besonderen Betonung der Selbstverantwortung des H, so darf ihm als Erben des E die Entscheidung über die Wirksamkeit des Kaufvertrages nicht zustehen. Er muß das im fremden Namen getätigte Geschäft gegen sich gelten lassen, weil er für die selbstbestimmte Regelung in fremder Sphäre einstehen, d.h. die schwebend unwirksame Verpflichtung e r f ü l l e n muß. Es widerspräche dem Sinn der Privatautonomie, könnte H durch Verweigerung der Genehmigung den schwebend unwirksamen Kaufvertrag endgültig nichtig machen. Da die rechtliche Wertung der Interessenlage zum Ergebnis führt, daß H den Kaufvertrag genehmigen m u ß , so ist ebenso wie im Regelfall des § 185 II F.2 der Vertrag von vornherein als wirksam anzusehen.

Liegt aber der schwebend unwirksamen Eigentumsübertragung mit dem Erbfall eine Erfüllungspflicht zugrunde, so greift die normative Wertung des Gesetzgebers aus § 185 II F.2 ein: Die Übereignung konvaleszient ex nunc! H hat gegen K also keinen Anspruch aus § 985.

Dieselbe Entscheidung ist zu treffen, wenn der Nichtberechtigte das Verfügungsobjekt auf andere Weise als durch Erbgang z.B. durch Kauf erwirbt. Mit der Rechtszuständigkeit steht dem Erwerber nämlich ipse iure auch das Bestimmungsrecht über den Gegenstand zu und wiederum muß die Selbstverantwortung zur Konvaleszenz führen.

2. Es ist auch der Fall zu entscheiden, wenn der

Rechtszuständige vor dem Erbfall oder der Veräußerung des Gegenstandes die Genehmigung des schwebend unwirksamen Kauf- und Übereignungsvertrages v e r w e i g e r t . Nach der gesetzlichen Regelung in § 179 I ist der Nichtberechtigte verpflichtet, dem anderen Teil nach dessen Wahl Erfüllung oder Schadensersatz zu leisten.

Wählt der Geschäftsgegner E r f ü l l u n g , so hat der nunmehr rechtszuständige Nichtberechtigte die Verschaffungspflicht und der Konvaleszenzgrund des § 185 II F.2 ist gegeben. K erwirbt also in diesem Fall ex nunc das Eigentum. Die Konvaleszenz oder das Entstehen einer Schadensersatzverpflichtung sollte hier von der Entscheidung des Geschäftsgegners abhängig sein. v.Tuhrs und Oertmanns Vorschläge sind demnach mit dem normativen Willen des Gesetzgebers zu vereinbaren[1].

Anders jedoch, wenn der Nichtberechtigte den Mangel der Vertretungsmacht nicht gekannt hat (§ 179 II). In diesem Fall geht die Selbstverantwortung des H nicht primär auf das Erfüllungsinteresse, denn dem Geschäftsgegner soll lediglich sein Vertrauensinteresse ersetzt werden. Dieses kann allerdings bis zur Höhe des Erfüllungsinteresses ansteigen. Im Einzelfall entscheidet die richterliche Wertung über das Vorhandensein eines Erfüllungsanspruches und damit des Konvaleszenzgrundes[2].

Dieselben Grundsätze müssen gelten, wenn der Nichtberechtigte von dem Berechtigten beerbt wird und dieser

---

1) vgl.oben S.131 ff

2) Eine Heilung einseitiger Verfügungsgeschäfte (Widerruf,Anfechtung,Aufrechnung,Kündigung) gemäß § 185 II F.2,3 ist möglich, wenn dadurch nicht der in §§ 180,111 zum Ausdruck gebrachte Schutzgedanke verletzt wird. Mit Recht hält Molitor (Kündigung S.93) die Konvaleszenz für möglich, wenn der Gegner die Nichtberechtigung des Kündigenden nicht beanstandet hat oder er damit einverstanden gewesen ist, daß der Nichtberechtigte ohne Kündigungsrecht kündigt.

für die Handlungen des Erblassers persönlich verantwortlich ist. Diese Verantwortlichkeit ist gegeben, wenn der Erbe unbeschränkt haftet.

Es zeigt sich also, daß nach dem normativen Willen des Gesetzgebers in § 185 II S.1 Fälle 2 und 3 auch Verfügungen ohne Verfügungsmacht i n f r e m d e m N a m e n innerhalb der vom Gesetzgeber vorgezeichneten Grenzen konvaleszieren können.

Überblick

Leitgedanke der Untersuchung war, daß der bis heute in Praxis und Lehre noch weit verbreitete Glaube an das geschlossene System und die Lückenlosigkeit der Privatrechtsordnung gerechten und zweckmäßigen Lösungen von Rechtsgeschäftsproblemen, die im Bereich des § 185 auftauchen, entgegensteht.

Es gilt daher, die Ursachen für das Verblassen der von der älteren Lehre so scharf herausgearbeiteten Systematik, die neuerdings sogar als "Funktionsschwäche" bürgerlichrechtlicher Grundbegriffe bezeichnet wird, anzudeuten[1]. Im Grunde geht es hierbei um Veränderungen der Auslegungsmethoden, die nur verstanden werden können, wenn mit Wieacker das bürgerliche Recht im Wandel der Gesellschaftsordnungen betrachtet wird[2].

Beim Versuch, die Züge der heutigen Gesellschaftsordnung zu bestimmen und sie mit der Ordnung im 19. Jahrhundert zu vergleichen, zeigt sich nach seiner Auffassung folgendes Bild: In unserer heutigen Sozialordnung sind als Folge der großen Bevölkerungsdichte Funktionen und Leistungen schwer überblickbar geworden. Mehr als alle früheren Gemeinschaftsformen neigt unsere sogenannte "Massengesellschaft" zu konformem, also typischem sozialen Verhalten. Beide Merkmale

---

1) Wieacker, Das bürgerliche Recht im Wandel der Gesellschaftsordnungen S.7; in Hundert Jahre deutsches Rechtsleben Band II

2) ders. aaO S.1 ff

unserer Gesellschaft haben weder zur Isolierung des einzelnen noch zur Atomisierung der Gruppen geführt, sondern vielmehr zu einer stärkeren Beanspruchung der zwischenmenschlichen Beziehungen, die den älteren Gesellschaften außerhalb der engsten Verbände fremd war. Daraus erklären sich die entgegensetzt wirkenden Merkmale unserer Gesellschaft: einmal die Tendenz zur Typisierung der wirtschaftlichen und rechtlichen Abläufe, andererseits die Tendenz zur Differenzierung und Anpassung des Verhaltens an die Besonderheit der Lage. Die Tendenz zur Normalisierung drängt wegen der gesteigerten Empfindlichkeit der zwischenmenschlichen Beziehungen zur Versachlichung, demgegenüber fordert die weit vorgetriebene Spezialisierung der Funktionen in der heutigen Gesellschaft eine starke Differenzierung der rechtlichen Regelungen. Daher reicht ganz allgemein die abstrakte Norm zur Bewältigung der differenzierten Sachverhalte oft nicht mehr aus. Besondere Probleme müssen notwendig aber im Allgemeinen Teil des BGB auftauchen, der gemeinsam geltende Grundsätze aus allen Rechtsverhältnissen abstrahiert zusammenfaßt.

Wie oft hervorgehoben, zeigte sich bei der Anwendung des § 185 ein Zwiespalt. Sowohl die streng am Begriffssystem der h.L. haftende, normgebundene Entscheidung als auch die freie, nicht generelle Billigkeitsentscheidung wurde als ungerecht empfunden. So führte das Zusammenspiel der Tendenzen zur Typisierung und zur individualisierenden Unterscheidung dahin, mittlere Formen zwischen normgebundener und individueller Entscheidung zu suchen.

Versucht wurde vor allem, bei jedem der Konvaleszenzprobleme, die meist um Wille und Erklärung als die unerläßlichen Tatbestandsteile einer wirksamen Willenserklärung kreisten, immer wieder die Kernfrage neu aufzudecken: Welchen Raum gibt das Gesetz dem Korrelat der Selbstbestimmung, der Selbstverantwortung? Auf diese Weise wurde in dem "Meer von Streit-

fragen" um § 185 ein einheitlicher Ausgangspunkt gefunden[1].

Vielleicht kann die Behandlung des Problems der Konvaleszenz zum notwendigen Neuaufbau einer gedanklich und begrifflich geschlossenen Zivilrechtslehre mithelfen.

1) im Einklang mit den Gedanken Flumes, Rechtsgeschäft und Privatautonomie aaO S.159,160 und Raisers, Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit aaO S.103

L e b e n s l a u f

Am 22.Juni 1935 wurde ich als Sohn des Oberst Johannes Gehrmann und seiner Ehefrau Irmgard geb.Rassow in Greifswald geboren.
Nach dem Besuch der Volks- und Mittelschule in Gotenhafen, Westerwanna und Otterndorf wurde ich 1949 in das Gymnasium für Jungen in Cuxhaven aufgenommen. Hier wählte ich den humanistischen Zweig.
Im März 1956 legte ich die Reifeprüfung ab und ließ mich zum Sommersemester desselben Jahres an der Rechts und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg im Breisgau immatrikulieren.
Im vierten Semester studierte ich an der Freien Universität Berlin. Ich beendete mein Studium an der Universität Hamburg und bestand im Juni 1960 die erste juristische Staatsprüfung vor dem Hanseatischen Oberlandesgericht.

Im September desselben Jahres wurde ich in Schleswig-Holstein als Referendar in den Vorbereitungsdienst übernommen.